Die gemischte Schenkung

DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

WALTHER SCHEIBLICH
Gerichtsreferendar

1925.

Gedruckt mit Genehmigung der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Breslau.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

✡

Seinen lieben Eltern
in Dankbarkeit.

✡

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543121_0169

Inhalt.

A. Allgemeiner Teil.

I. Allgemeines.

§ 1. Begrenzung der Aufgabe . . . . . S. 1

1. Mischverträge (S. 1); 2. Ausscheidung der a) nicht rechtsgeschäftlichen Titel, b) Quasikontrakte, c) bestritten einseitigen Rechtsgeschäfte, d) nur Formen darstellenden Typen (S. 1—2); 3. der Rest (S. 3).

§ 2. Begriff der Schenkung nach B. G. B. . . . . S. 3

1. Ihre Voraussetzungen (S. 3); 2. objektiv: Schenkungszuwendung (S. 3), a) Dienstleistung ist keine solche (S. 3), b) wohl aber unter Umständen die Gebrauchsüberlassung (S. 4); 3. subjektiv: Einigung (S. 5).

II. Die gemischte Schenkung.

1. § 3. Der Begriff . . . . . S. 5

Keine gemischte Schenkung ist die Verbindung der Schenkung 1. mit Verträgen, die eine Dienstleistung zum Gegenstand haben (S. 6), 2. mit unentgeltlichen Verträgen (S. 6), a) nach Koeppen (S. 6), b) nach Weirauch u. a. (S. 7), c) Goldschmidts Ansicht (S. 7) und deren Ablehnung (S. 7); 3. die objektive Sachlage zwischen Leistung und Gegenleistung ist für das Vorliegen einer gemischten Schenkung nicht entscheidend (S. 8); 4. sie liegt auch nicht vor in der Zuwendung eines Geldbetrages (S. 8) 5. und weder in der verdeckten oder verschleierten Schenkung (S. 9), 6. noch in der Schenkung unter einer Auflage (S. 10), 7. sondern a) in drei bestimmten Fällen (S. 11), b) von denen nur der „Freundeskauf" behandelt werden soll (S. 11).

2. Die Lehrmeinungen.

§ 4. Allgemeiner Ueberblick . . . . . S. 12

§ 5. Die gemischte Schenkung als Kauf oder Schenkung, S. 13

1. Als Kauf (S. 13), a) nach Schilling (S. 13), b) nach Rehbein (S. 14); c) Kritik dieser Ansicht (S. 14); 2. als Schenkung (S. 16); 3. als Kauf oder Schenkung (S. 16); 4. Kritik (S. 17).

§ 6. Die gemischte Schenkung als Doppelvertrag . . . . S. 18

1. Eine Geldleistung ist geschenkt (S. 18); 2. eine Sachleistung und zwar deren Wert ist geschenkt (S. 18): a) Lammfromms Ansicht (S. 19) und ihre Kritik (S. 20), b) die Vertreter ähnlicher Theorien (S. 24); 3. eine Sachquote ist geschenkt (S. 25), insbesondere die Theorien von Koeppen und Weirauch; 4. die Unterschiede der Lehren zu 2. und 3. (S. 27); 5. Kritik der Lehre zu 3 (S. 28).

§ 7. Die gemischte Schenkung als einheitlicher Vertrag . . . . . S. 30

1. Müllers Lehre (S. 30); 2. die Ansicht Hoenigers (S. 31) und ihre Kritik (S. 33), a) nach theoretischen Gesichtspunkten (S. 33), b) bezüglich ihrer praktischen Durchführbarkeit (S. 34) und c) ihren Ergebnissen (S. 35); 3. die Lehre Goldschmidts und anderer neuerer Schriftsteller (S. 39).

3. § 8. Die hier vertretene Ansicht . . . . . S. 37

1. Es muß ein schutzwürdiges Interesse an der Einheit des Vertrages vorhanden sein (S. 37); 2. es gibt keinen Gegenstand der gemischten Schenkung (S. 38); 3. der im B. G. B. gewiesene Weg für die Behandlung der gemischten Schenkung (S. 39).

B. Besonderer Teil.

I. § 9. Die Anwendbarkeit der Kaufvorschriften . . . . . S. 40

Auch auf die gemischte Schenkung finden die §§ 433 - 438, 441—444, 446—450, 452, 464, 477—514 B. G. B. ohne weiteres Anwendung.

§ 10. Die Haftung für Rechts- und Sachmängel . . . . . S. 41

1. Grundsätzlich finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung (S. 41); 2. der Minderungsanspruch jedoch nur bedingt (S. 42).

II. Die Anwendbarkeit der Schenkungsvorschriften.

§ 11. Verweigerungsrecht, Rückforderungsrecht, Widerruf . . . . . S. 43

1. § 519 (S. 43), 2. §§ 528, 529 (S. 44) und 3. §§ 530—532 B. G. B. (S. 44) finden auch auf die gemischte Schenkung Anwendung.

§ 12. Die Formvorschrift . . . . . S. 46

1. Nur das einseitige Versprechen wird beurkundet (S. 46); 2. die Beurkundung der gemischten Schenkung a) nach der Doppelvertragstheorie (S. 47), b) nach der Einheitstheorie (S. 47); 3. die Beurkundung bei der Grundstücksübertragung (S. 48).

§ 13. Die übrigen Schenkungsvorschriften . . . . . S. 48

1. § 522 (S. 48) 2. und die §§ 525—527 B. G. B. (S. 48) sind auf die gemischte Schenkung nicht anwendbar.

III. § 14. Die Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses . . . . . S. 49

1. Allgemeines, insbesondere die obligatorische Natur der Anfechtung (S. 49); 2. die gemischte Schenkung ist a) eine Rechtshandlung (S. 49/50), und zwar b) eine unentgeltliche Verfügung (S. 50); 3. die Wirkung der Anfechtung: nach a) dem Anfechtungsgesetz (S. 51), b) der Konkursordnung (S. 52); 4. Kritik: a) die dingliche Wirkung der Anfechtung ist abzulehnen (S. 52), b) die Doppelvertragstheorie kommt zu unhaltbaren Ergebnissen (S. 52).

IV. § 15. Schluß . . . . . S. 53

Andere das behandelte Problem betreffende Fälle aus dem B. G. B.: 1. Beschränkung und Ausschluß des Verwaltungs- und Nutznießungsrechts des Ehemanns, des Vaters und des Vormunds, §§ 1639, 1803, 1651, 1369, 1440, 1526 B. G. B. (S. 53); 2. gesetzliche Vertreter dürfen nicht gemischte Schenkungen abschließen, §§ 1641, 1804, 2113, 2205 B. G. B. (S. 54); 3. der Pflichtteilsergänzungsanspruch, §§ 2325 und 2329 B. G. B. (S. 54).

Literatur.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. II, 1884.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. II. Weimar 1889.

von Blociszewski, Die Vermengung der Vertragstypen, Dissertation, Leipzig 1905.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 21.

Bremer, in Jher. Jahrb. Bd. 13, S. 89 fg. „Zur Lehre von der Insinuation der Schenkung." 1874.

Burckhardt, Zum Begriff der Schenkung, 1899.

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht, Stuttgart 1884 (cit. Anf. R.).

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 5. Aufl., Jena 1910.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I und II, 1921, 1922.

Dernburg, Pandekten, Bd. I und II, 7. Aufl., 1902 (cit. Pand.).

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. II, Abt. 2, 3. Aufl., Halle 1905 (cit. B. G. B.).

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl., 1899.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2. Abt., 7. Bearbeitung, Marburg 1920.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 10. Aufl., München 1918.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. II, 7. Aufl., Berlin 1896.

Goldmann-Lilienthal, Systematische Darstellung des B. G. B., 2. Aufl., Berlin 1905—1912.

Goldschmidt, Die gemischte Schenkung nach Reichsrecht. Dissertation, Leipzig 1907.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 48 (Weirauch).

Hartmann, Die Obligationen. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. 1875.

Haymann, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, Berlin 1905.

Hoeniger, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge. Bd. I: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim und Leipzig 1910.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.
Jaeger, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses auf der Grundlage des Gesetzes vom 21. Juli 1879, Berlin 1905 (cit. Anf. R.).
Jaeger, Kommentar zur K. O., 5. Aufl., Berlin 1906 (cit. K. O.).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, jetzt des Bürgerlichen Rechts, Bd. 13 (Bremer), 48 (Müller, Regelsberger), 60 (Schreiber).
Juristische Wochenschrift.
Koeppen, Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen, Dissertation, Berlin 1901.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Abt. 1, 1906.
Lammfromm, Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag, 1897.
Litten, Die Wahlschuld im Deutschen Bürgerlichen Recht, 1903.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Leipzig 1902.
Matthes, Die gemischte Schenkung nach neuem Recht, Dissertation, Rostock 1904.
Milde, Die gemischte und die verschleierte Schenkung, Dissertation, Breslau 1922.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe 1888.
Motive zur K. O. Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, C. Hahn, Berlin 1881.
Müller, Die gemischte Schenkung. In Jher. Jahrb., Bd. 48, Seite 209 fg., 1904.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1899.
Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, München 1912 (cit. Ent. Gesch.).
Oertmann, Kommentar. Das Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl., Berlin 1910.
Pernice, Lehre von der Insinuation der Schenkung, Dissertation, Greifswald 1882.
Planck, Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, Berlin 1900 und 1907.
Puchta, Pandekten, 10. Aufl., Leipzig 1866.
Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Regelsberger, in Jher. Jahrb., Bd. 48, S. 452 fg. Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen? 1904.
Rehbein, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. II des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1903.
Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1913.

von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1841, Bd. IV.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B. für das Deutsche Reich, 1899.
Schilling, Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des römischen Rechts, Bd. III, 1846.
Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. In Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 106 fg.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897. Im Handbuch der Staatswissenschaften.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B., Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 7./8. Aufl., München und Berlin 1912.
Stolte, Der Begriff der Schenkung nach Bürgerlichem Recht, Dissertation, Straßburg 1900.
Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis, 3. Aufl., Bd. I, 1898.
Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach B. G. B., Straßburg 1899.
Sydow-Busch, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz, 12. Aufl., Berlin 1916 (Guttentagsche Sammlung Nr. 13).
Weirauch, Die gemischte Schenkung. In Gruchots Beiträgen, Bd. 48, S. 229 fg., 1904.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl., 1906.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 1900.

A. Allgemeiner Teil.

I. Allgemeines.

§ 1. Begrenzung der Aufgabe.

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt im 7. Abschnitt des 2. Buches, das hier nur behandelt werden soll, eine Reihe Vertragstypen auf und regelt sie in ihren wesentlichen Voraussetzungen und Wirkungen. Wegen der Mannigfaltigkeit der praktischen Bedürfnisse genügen aber diese in 25 Titeln normierten Typen dem Rechtsverkehr nicht. Da jedoch das Gesetz weder die Schuldverhältnisse erschöpfend regeln[1]), noch die Rechtsunterworfenen bei Abschluß ihrer Geschäfte an diese Typen binden will, vielmehr Inhalt und Form der Geschäfte — abgesehen von wenigen zwingenden Rechtssätzen — frei gestaltet werden können[2]), so lassen sich unzählige rechtswirksame, von den gesetzlichen Typen abweichende Verträge denken. Diese sogenannten „gemischten Verträge" können teils dem einen, teils dem anderen Vertragstypus nahekommen oder die Kombination zweier oder mehrerer Vertragstypen enthalten, weshalb ihre rechtliche Behandlung besondere Schwierigkeiten bietet. Denn es erhebt sich die Frage, wie sich diese Verträge zu den Rechtsnormen der betreffenden gesetzlichen Typen verhalten, ob diese ganz oder nur mit entsprechenden Abwandlungen anwendbar sind und wie etwa entstehende Widersprüche sich lösen.

Wenn nun bei einem dieser Mischverträge der Typ der Schenkung vertreten ist, so spricht man mit Savigny (Bd. IV § 154 S. 99) von einem „negotium mixtum cum donatione". Cosack (Bd. I § 140 Nr. 2) wählt hierfür den Ausdruck „Schenkung in Verbindung mit einer Nichtschenkung" und Förster-Eccius (Bd. II § 122 S. 29) gebraucht schließlich für die ganze Reihe dieser ähnlichen Geschäfte, denen als einzig Gemeinsames lediglich der Umstand anhaftet, daß sie alle mit einer Schenkung zusammenhängen, die Bezeichnung „gemischte Schenkung".

2. Dies letztgenannte, hier zu behandelnde Gebiet ist — selbst wenn nur das B. G. B. Berücksichtigung findet — so außerordentlich groß, daß im Interesse einer übersichtlichen Durchführung der gestellten Aufgabe gleich von vornherein Einschränkungen zu machen sind.

[1]) Planck, Bd. II Vorbem. 2 S. 5.
[2]) Endemann, Bd. I § 101 S. 427.

a) Ganz selbstverständlicher Weise müssen in erster Linie diejenigen der 25 Titel des 7. Abschnitts im 2. Buche des B. G. B. außer Betracht bleiben, deren Tatbestände überhaupt nicht rechtsgeschäftlicher Natur sind[1]), so:

Titel 25 über unerlaubte Handlungen,
Titel 24 über ungerechtfertigte Bereicherung,
Titel 23 über Vorlegung von Sachen und
Titel 15 über die jedenfalls nicht notwendig auf Rechtsgeschäft beruhende Gemeinschaft.

b) Ferner sollen hier diejenigen Obligationen unerwähnt bleiben, die man als „Quasikontrakte" zu bezeichnen pflegt. Denn es herrscht fast Einstimmigkeit darüber, daß auch sie nicht auf Rechtsgeschäften beruhen[1]). Darum seien ausgeschlossen:

Titel 13 über die Einbringung von Sachen bei Gastwirten und
Titel 11 über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Wenn auch Endemann (Bd. 1 § 178 Anm. 1 S. 805) bezüglich des letztgenannten Titels eine abweichende Ansicht vertritt, so ist die Geschäftsführung ohne Auftrag doch ein einseitiges Geschäft und sie müßte, da hier nur Verträge behandelt werden, auch aus diesem Grunde ausgeschieden werden.

c) Um aber weiterhin einen möglichst sicheren Boden für die Beurteilung der gemischten Schenkung zu erlangen, sollen in der Untersuchung auch zwei Geschäfte unerwähnt bleiben, deren Natur als einseitiges Geschäft oder Vertrag bestritten ist[2]), nämlich:

Titel 9 über die Auslobung, die Kohler (Bd. II S. 356) als einen Vertrag „mit gestrecktem Vertragsschluß" auffassen will, und
Titel 22 über die Schuldverschreibung auf den Inhaber wegen der berühmten Streitfrage über die Kreationstheorie.

d) Schließlich seien noch ausgeschlossen:

Titel 14 über die Gesellschaft, deren sich allein Hoeniger (S. 18) zur Darlegung seiner Abstufungstheorie bedient,
Titel 17 über Spiel, Wette,
Titel 16 über Leibrente,
Titel 18 über Bürgschaft,
Titel 19 über Vergleich,
Titel 20 über Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und
Titel 21 über Anweisung, wenn auch wenigstens ihre Annahme vielfach als Vertrag aufgefaßt wird[3]).

Der Ausschluß dieser Geschäfte erfolgt deshalb, weil sie von dem Inhalte irgendwelcher Leistungen unabhängig sind und nur besondere Formen darstellen, unter welchen die verschiedengeartetsten Leistungen versprochen werden können[4]).

[1]) Hoeniger S. 16.
[2]) Hoeniger S. 17.
[3]) So Planck § 784 Note 1 c S. 537.
[4]) Hoeniger S. 18; Schreiber S. 143 schließt hingegen nur Spiel, Wette, Vergleich und Anweisung aus.

3. Sonach bleiben für unsere Untersuchung vorerst nur diejenigen gemischten Verträge übrig, bei welchen gleichzeitig neben der Schenkung (Titel 2)

Titel 1 über Kauf, Tausch,
Titel 3 über Miete, Pacht,
Titel 4 über Leihe,
Titel 5 über Darlehn, verzinsliches wie unverzinsliches,
Titel 6 über Dienstvertrag,
Titel 7 über Werkvertrag,
Titel 8 über Mäklervertrag,
Titel 10 über Auftrag oder
Titel 12 über Verwahrung

eine Rolle spielt. Weshalb aber auch nicht alle diese Verträge Gegenstand der vorliegenden Abhandlung über die gemischte Schenkung bilden, kann erst weiter unten (§ 3 unter 1) gezeigt werden.

§ 2. Begriff der Schenkung nach B. G. B.

1. Da die Schenkung einen so hervorragenden Platz in der vorliegenden Untersuchung einnimmt, ist es zweckmäßig, zunächst einmal ihr Wesen in den Hauptpunkten festzustellen.

Nach der Legaldefinition in § 516 B. G. B. sind ihre Voraussetzungen:

als objektiver Bestandteil: „Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert" (vgl. 2),

als subjektiver Bestandteil: „Die Einigung beider Teile, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt" [1]) (vgl. 3).

2. Was „Zuwendung" ist, sagt das Gesetz nicht, es bringt aber zum Ausdruck, was die Schenkungszuwendung von anderen Zuwendungen unterscheidet, indem es eine Zuwendung „aus dem Vermögen eines anderen" verlangt, die zugleich den anderen bereichern soll [2]). Zuwendung ist also eine Verschiebung von Vermögenswerten aus dem Vermögen des einen in das des anderen [3]). Da das Gesetz unter „Vermögen" nicht einen wirtschaftlichen, sondern einen Rechtsbegriff [4]), nämlich „die Gesamtheit der geldwerten Rechte einer Person" [5]) versteht, so ist eine „Schenkungszuwendung" nur diejenige Zuwendung, durch die der Schenker die Zahl seiner geldwerten Rechte vermindert, durch die er ärmer wird [6]).

Unentgeltlich bedeutet, daß die Leistung nicht durch irgendwelche rechtliche Verpflichtung zur Leistung geboten erscheint und ferner, daß der Leistung nicht eine Gegenleistung gegenübersteht, welche ein Aequivalent derselben ist, oder nach Absicht der Parteien sein soll.

a) Aus dem Begriff der Schenkungszuwendung ergibt sich, daß die unentgeltliche Leistung von Diensten — vorausgesetzt,

[1]) R. G. E. 62,275.
[2]) Goldschmidt S. 4.
[3]) So Crome Bd. I § 74 S. 327.
[4]) Oertmann § 516 Anm. 2.
[5]) Dernburg Pand. I S. 47.
[6]) Cosack S. 489; Matthes S. 13.

daß der Begünstigte dadurch überhaupt in seinem Vermögen bereichert wird – als Schenkungszuwendung „aus dem Vermögen" des Leistenden nicht angesehen werden kann. Denn wenn er sich auch seiner Arbeitskräfte entäußert, die bei der Erwerbstätigkeit für ihn ein wertvolles Vermögensgut darstellen können, so liegt darin noch nicht eine Verminderung der Zahl seiner Vermögensrechte [1]). Aus ebendemselben Grunde schenkt weder der Handwerker, der einem Kunden unentgeltlich etwas herstellt, noch der Mäkler, der für seinen Auftraggeber unentgeltlich ein Geschäft vermittelt; es schenkt auch nicht derjenige, der ohne Auftrag ein Geschäft für einen anderen besorgt, und auch nicht der unentgeltliche Verwahrer. Denn sie alle erfüllen Verträge, die Dienstleistungen, nicht aber eine Verminderung von Rechten zum Gegenstande haben.

b) Echte Schenkungszuwendungen dagegen sind solche, welche in der unentgeltlichen Gebrauchs- und Nutzungsüberlassung bestehen [2]), z. B. die Ueberlassung einer Wohnung zum Gebrauch, eines Landguts zur Bewirtschaftung und Ausbeutung, die zinsfreie Hingabe einer Geldsumme als Darlehn, immer aber vorausgesetzt, daß dadurch der Begünstigte bereichert wird, d. h. daß er Ausgaben erspart, die er sonst gemacht haben würde [3]). Denn wenn der Eigentümer sein Recht an dem Gegenstand einem anderen überträgt, verliert er selbst den Gebrauch oder die Nutzung; er bleibt zwar Eigentümer, begibt sich aber als unmittelbarer Besitzer dem anderen gegenüber der Gebrauchs- und Nutzungsbefugnis: Es wird ein bestehendes Recht aufgeopfert oder doch entwertet [4]), indem sich die Gesamtheit der geldwerten Rechte insofern verringert, als die Möglichkeit ihrer Verwertung beeinträchtigt wird [5]).

Eine Vermögensverminderung und damit eine Schenkungszuwendung liegt jedoch dann nicht vor, wenn für denjenigen, der den Gebrauch oder die Nutzung aufgibt, die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Verwertung nie bestand. So ist es z. B. für die Vermögenslage eines Privatmannes ohne jede Bedeutung, ob er einen Freund in sein Gastzimmer aufnimmt, oder ob dies leer steht [6]).

Andererseits ist der Inhalt der Schenkungszuwendung aber dadurch bestimmt, daß der Begünstigte auch bereichert werden soll. Dies ist deshalb zu beachten, weil Vermögensverringerung auf der einen Seite noch nicht notwendig Vermögensbereicherung auf der anderen Seite im Gefolge hat [7]). So liegt eine solche nicht schon in der Erlangung idealer Vorteile, wie z. B. bei der Ratserteilung und bei der Zuwendung einer Konzert- oder Theaterkarte: Hier wird der Begünstigte in seinem Vermögen nicht be-

[1]) Cosack Bd. I S. 494; Kohler Bd. II, 1 S. 390; Endemann Bd. I S. 740; Stolte S. 19 fg.; Goldschmidt S. 4; Matthes S. 13; bedenklich: Enneccerus Bd. I, 2 § 343 I, 2 S. 360.
[2]) Cosack Bd. I § 139 S. 488 fg.; Crome § 230 S. 503 Anm. 4; Burckhardt S. 63, 122 fg.; Matthes S. 13.
[3]) Enneccerus Bd. I, 2 § 343 I, 1, a S. 359.
[4]) Oertmann § 517 Anm. 3; Endemann Bd. I S. 1028 Anm. 19.
[5]) Stolte S. 22.
[6]) Goldschmidt S. 5.
[7]) Cosack Bd. I S. 494; Matthes S. 13.

reichert, sondern er erhält nur die Mittel zur Verschaffung eines idealen, bezw. eines Kunstgenusses [1]). Zu beachten ist ferner, daß eine Vermögensbereicherung auch nur dann vorliegt, wenn der Begünstigte durch die Zuwendung zugleich Ausgaben erspart, die er sonst hätte machen müssen. Denn nur wer einen anderen vor einer sicheren Minderung seines Vermögens bewahrt, verbessert die Vermögenslage des anderen, selbst wenn eine sichtbare Vermögensbereicherung nicht bewirkt ist. Und es macht ja schließlich für die Vermögenslage dessen, der begünstigt werden soll, keinen Unterschied aus, ob ihm eine Wohnung, die er für 1000 Mark jährlich hätte mieten müssen, unentgeltlich für ein Jahr überlassen wird, oder ob man ihm 1000 Mark schenkt [2]). Da in beiden Fällen die Wirkung auf das Vermögen des Begünstigten die gleiche ist, kann die Zuwendung durch Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassung sowohl eine Vermögensminderung auf der einen als auch, nämlich soweit sie eine Ausgabenersparnis im Gefolge hat, eine Bereicherung auf der anderen Seite enthalten und somit als echte Schenkungszuwendung angesehen werden [3]).

3. Wegen des subjektiven Erfordernisses der Schenkung, d. i. der Einigung der Parteien darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich [4]) erfolgt, wird sie zu einem Vertrag, dessen Inhalt das Fehlen eines Entgelts für die Zuwendung ist. Da Entgelt ein seitens des Empfängers der Zuwendung für diese erbrachtes Aequivalent bedeutet, so ist es keine Schenkung, wenn geleistet wird, um etwas anderes zu erlangen, oder weil eine Verpflichtung dazu besteht, von welcher Befreiung erstrebt wird [5]), wobei im letzteren Falle das Entgelt in der Befreiung von der Verpflichtung zu erblicken ist [6]). Bei der Schenkungseinigung kommen vielmehr die Parteien überein, daß die Zuwendung nicht um des Entgelts willen gemacht wird. Der Zweck der Schenkung kann also nur negativ bestimmt werden. Welche Beweggründe im übrigen den Schenker zum Abschluß des Vertrages geführt haben, hat auf die rechtliche Würdigung der Schenkung keinen Einfluß. So ist der animus donandi in dem Sinne, daß die Schenkung stets einer uneigennützigen, wohlwollenden Absicht entspringen müsse, nach geltendem Recht nicht Begriffsmerkmal dieses Vertrages [7]).

II. Die gemischte Schenkung.

1. § 3. Der Begriff.

Die Ergebnisse aus den Erörterungen des Begriffs der Schenkung ermöglichen — was für eine klare Durchführung der Untersuchung ja wesentlich ist — eine noch weitere Begrenzung des Gebiets und eine Festlegung des Begriffs der „gemischten Schenkung". Es leuchtet ohne weiteres ein, daß man unter ein und

[1]) Crome § 230 S. 506; Matthes S. 14.
[2]) Goldschmidt S. 6.
[3]) Burckhardt S. 35.
[4]) Vgl. § 2 unter 2.
[5]) Cosack Bd. I S. 495.
[6]) Goldschmidt S. 9.
[7]) Enneccerus Bd. I, 2 § 343 I, 3, b, S. 361; Burckhardt S. 25 fg., S. 131 fg.; Goldschmidt S. 10.

demselben Rechtsinstitut nicht eine unbegrenzte Zahl durchaus wesensverschiedener Rechtserscheinungen zusammenfassen kann, sondern nur solche, die einen leidlich gleichartigen Charakter aufweisen.

1. Daher kann man eine gemischte Schenkung nicht darin sehen, daß sich jemand in ausgesprochener Schenkungsabsicht zur Leistung von Diensten gegen einen besonders niedrigen Lohn verpflichtet, obgleich er seine Dienste sonst nur gegen volle Vergütung zu leisten pflegt. Hier mangelt es für die gemischte Schenkung nämlich an einem objektiven Tatbestandserfordernis: die Dienstleistung stellt keine Zuwendung „aus dem Vermögen" dar, weil die Arbeitskraft kein Vermögen im rechtlichen Sinne ist (vergl. oben § 2 unter 2a). Es liegt hier ein reiner Dienstvertrag vor, dem allerdings Freigebigkeit beigemischt ist. Aus demselben Grunde kann auch nicht Werkvertrag, Maklervertrag und unentgeltliche Verwahrung Bestandteil der gemischten Schenkung sein.[1]).

Deshalb sind weiterhin von der vorliegenden Arbeit auszuscheiden die Verbindungen von Schenkungen mit:

Titel 6 über Dienstvertrag,
Titel 7 über Werkvertrag,
Titel 8 über Maklervertrag,
Titel 10 über Auftrag und
Titel 12 über Verwahrung.

2. Ferner ist bei der Durchsicht der Literatur über die gemischte Schenkung bemerkenswert, daß fast durchweg die Verbindung der Schenkung mit einem Umsatzvertrage, also einem entgeltlichen Vertrage, behandelt wird.

a) Koeppen (S. 11 und 16) folgert die Notwendigkeit, daß das beim negotium mixtum cum donatione mit der Schenkung sich verbindende Geschäft ein entgeltliches sein müsse, aus dem Begriff des negotium selbst, indem er ausführt: der begriffliche Gegensatz zur donatio sei der contractus, nämlich einerseits die obligatio, wo die Zuwendung eine Verbindlichmachung des Empfängers, wie z. B. beim mutuum, compositum zur Folge habe, andererseits das negotium. „Negotiari" heiße bei den Römern Handel treiben, ein Geschäft machen, also eine auf Entgelt gerichtete Handlung vornehmen, und ferner stelle sich für den Fall, daß man den Ausdruck „negotium" als einen in dem angegebenen Sinne technischen leugne, auch ohnedem die Notwendigkeit heraus, den Begriff des negotium mixtum cum donatione auf die Verbindung von entgeltlichem Geschäft und Schenkung zu beschränken. Denn aus dieser Verquickung oneroser und lukrativer Bestandteile innerhalb desselben Geschäfts erwüchsen gerade seine speziellen Eigentümlichkeiten und die von ihm der juristischen Behandlung entgegengesetzten Schwierig-

[1]) Anm. Burckhardt S. 35, 36; Goldschmidt S. 43 und S. 8 Anm. 17: bei Auftrag, unentgeltlicher Verwahrung und Geschäftsführung ohne Auftrag ist ein solches Zusammenfallen mit der Schenkung nicht möglich, weil diese Verträge zur Leistung von Diensten — Geschäftsbesorgung, Aufbewahrung — verpflichten; vergl. auch Stolte S. 60.

keiten. Die Verbindung mit anderen lukrativen Geschäften, wie Leihe usw., sei eine ganz anders geartete Erscheinung. Wenn man auch sie unter dieselbe Bezeichnung „gemischte Schenkung" bringe, so heiße das einem juristischen Begriff eine derartige Ausdehnung geben, daß die Aufstellung allgemeiner Gesichtspunkte für ihn über Gebühr erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht würde.

b) Auch Weirauch (S. 230) meint, die tatsächliche Verbindung von Schenkung und einem anderen Vertrage sei am engsten dann, wenn die Schenkung in ein entgeltliches Geschäft eingekleidet sei, namentlich also, wenn ein an sich ernst gemeinter Kauf zugleich dazu benutzt werde, durch den Unterschied zwischen Wert und Preis eine beabsichtigte Schenkung zu vermitteln und auszuführen.

Diese Tatsache wird denn auch von vielen Schriftstellern in der von ihnen gegebenen Erklärung des negotium mixtum cum donatione stillschweigend anerkannt [1]).

c) Der genannten Ansicht steht die von Goldschmidt (S. 43 bis 45) gegenüber, der annimmt, eine gemischte Schenkung liege auch dann vor, wenn der Darlehnsgeber ein Darlehn, das er sonst regelmäßig verzinslich ausleiht, jemandem in Schenkungsabsicht vollständig unentgeltlich überläßt, oder, wenn jemand seinem Freunde, der eine Wohnung zum Mietpreise von 1000 Mark jährlich sucht, eine solche in seinem Hause vollständig unentgeltlich zur Verfügung stellt.

Daß die Darlehnshingabe und die Wohnungsüberlassung in den erwähnten Fällen zweifelsohne Schenkungszuwendungen sind, ist schon oben (§ 2 unter 2 b) ausgeführt, daß aber diese Rechtsgeschäfte eine gemischte Schenkung enthalten sollen, kann nicht anerkannt werden: ein Darlehn, das jemand ohne Zinsen ausleiht, ist eben ein unverzinsliches Darlehn, und eine unentgeltliche Ueberlassung von Wohnräumen ist eben Leihe, Geschäfte, die in den §§ 607 fg. und 598 fg. B. G. B. ausdrücklich geregelt sind und deren Behandlung deshalb keine von den hier zu behandelnden Schwierigkeiten bietet, weil eine den gemischten Verträgen eigentümliche Normenkollision nicht stattfindet. Die Gesetzesregelung berücksichtigt die diesen Geschäften beigemischte Schenkungsabsicht des freigebigen Teils hinreichend, sie stellt ihn besser als den, der für seine Leistung ein Entgelt von dem anderen Vertragsteile erhält. Deshalb liegt keine Veranlassung vor, dem Geber unter Zuhilfenahme von Gesetzesauslegung noch eine andere juristische Stellung einzuräumen als die, welche ihm das Gesetz selbst zuerkennt. Wie schon bei der reinen Schenkung kein besonderer animus donandi erfordert wird, kann auch hier völlig unberücksichtigt bleiben, aus welchen Motiven heraus der Freigebige handelt.

Da sonach mit Koeppen und Weirauch hier die Ansicht vertreten wird, daß die von Goldschmidt angeführten Fälle das

[1]) So von Oertmann Entg. Gesch. S. 85; Enneccerus Bd. I, II § 347 I S. 367; Förster-Eccius Bd. II S. 28; Bekker Bd. II; R. G. E. 29 Nr. 65 S. 266; Matthes S. 17.

zu behandelnde Problem nicht betreffen, werden als nicht zur gemischten Schenkung gehörig von der weiteren Behandlung Verbindungen der Schenkung mit

Titel 4 über Leihe und

Titel 5 über Darlehn, sofern es unverzinslich hingegeben wird, ausgeschlossen.

3. Ist sonach zum Vorhandensein eines negotium mixtum cum donatione die reale Verbindung von Schenkung und entgeltlichem Vertrag notwendig, d. h. muß die gemischte Schenkung zum Teil die Charakteristika eines entgeltlichen Geschäfts, zum Teil die einer Schenkung aufweisen, so muß also der die Liberalität Uebende in der Gegenleistung des anderen Teils ernstlich einen teilweisen wirtschaftlichen Ausgleich für seine Leistung suchen; denn das Bestreben, die eigene Vermögenslage auf Kosten des Gegners zu verbessern, gehört zum Wesen des Umsatzvertrages[1]). Andererseits darf aber die Gegenleistung nach der Absicht der Parteien den Wert der Zuwendung nicht aufwiegen, vielmehr muß ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung beabsichtigt und vorhanden sein[2]). Nun ist hierbei nicht etwa die objektive Sachlage entscheidend, deshalb liegt nicht schon dann eine gemischte Schenkung, sondern vielmehr ein reiner Kauf vor, wenn z. B. der Verkäufer oder der Käufer den wirklichen Sachwert nicht kennen und daher zu billig verkaufen oder zu teuer kaufen, ferner dann nicht, wenn der Verkäufer Geld braucht oder die Sache loswerden will, endlich nicht, wenn der Käufer die Sache notwendig haben muß oder aus Liebhaberei durchaus haben möchte und deshalb zuviel bietet[3]). Mag in diesen Fällen der Wert der Leistung auch objektiv differenziert sein, so ist in der Vorstellung des ungünstig Kontrahierenden doch allein das Bestreben rege, die eigene Lage zu verbessern, und daher ist subjektiv von seinem Standpunkt aus die Gegenleistung nicht zu teuer erkauft, selbst wenn in ihm das Gefühl obwaltet, daß der andere durch das Geschäft einen Vorteil hat, den er unter anderen Umständen nicht haben würde[4]). Bei der gemischten Schenkung hingegen ist auf seiten des ungünstig Kontrahierenden gerade die Absicht notwendig, daß auch der andere durch das Geschäft bereichert wird, und auf dessen Seite ist das Erkennen dieser Absicht und der Wille, die unentgeltliche Bereicherung als solche durch Eingehung des Geschäfts anzunehmen, erforderlich[5]).

4. Nur scheinbar liegt aber eine gemischte Schenkung vor, wenn jemand für eine geringwertige Sache in dem anderen Teil erkennbarer Schenkungsabsicht einen bedeutend höheren Preis zahlt (Wohltätigkeitsbazar, Straßenhändler), denn hier ist einmal das

[1]) Matthes S. 17.
[2]) Koeppen S. 17, 18; Matthes S. 13.
[3]) So auch Müller S. 221; vergl. hierzu auch Haymann S. 19, 20.
[4]) Ebenso Weirauch S. 233; Matthes S. 19.
[5]) Anm. Letzteres subjektive Erfordernis war im gemeinen Recht von denjenigen Schriftstellern, welche die Vertragsnatur der Schenkung leugneten und sie als einseitiges Rechtsgeschäft auffaßten, bestritten. Vergl. Savigny S. 99; Seuff. Arch. 3, 494; R. O. H. G. Bd. 5 Nr. 12 S. 52 fg. Nach dem B. G. B. kann hierüber aber kein Zweifel mehr bestehen; da es das Merkmal der Einigung über die Unentgeltlichkeit für den Begriff der Schenkung ausdrücklich feststellt, so würde beim Mangel derselben eine Schenkung überhaupt nicht zustandekommen können. Matthes S. 19.

subjektive Erwerbsinteresse des Käufers (Schenkers) an der minderwertigen Gegenleistung ein bloßes einflußloses Motiv [1]) und zum anderen bietet dieses Geschäft in der rechtlichen Beurteilung keinerlei Schwierigkeiten: die Sache ist gekauft und soweit der Preis ihren Wert übersteigt, ist der Geldbetrag geschenkt.

Ebensowenig ist als gemischte Schenkung der Fall aufzufassen, in dem A. von B. ein Pferd für 1000 Mark kauft, dessen Wert die Parteien zuerst auf 2000 Mark festgesetzt haben, sie sich aber darüber einig sind, daß die Differenz geschenkt sein soll. Hier liegt kein Mischgeschäft, sondern ein Kombinationsvertrag vor; es handelt sich in Wahrheit um 2 Geschäfte, die miteinander verbunden sind, um einen Kauf und einen schenkweisen Erlaß. Der Vertrag hat hier durch sein äußeres Gewand einheitlichen Charakter angenommen, die einzelnen Leistungsarten sind aber wohl unterscheidbar und scharf von einander zu trennen [2]).

Aehnlich liegt der Fall, in dem A. dem B. eine Sache für 2000 Mark verkauft, die Parteien sich aber einig sind, daß dieselbe nur 1500 Mark wert ist, und die Differenz dem A. unentgeltlich zugewendet werden soll. Auch hier liegt wie oben ein Kombinationsvertrag vor. Ebenso fällt das Geschäft, bei dem A. dem B. 100 Ztr. Weizen für den Marktpreis von 50 Ztr. verkauft und die Parteien sich darüber einig sind, daß die entsprechende Menge Weizen, also 50 Ztr., dem B. unentgeltlich zukommen sollen, unter diese Vertragsart [2]).

Aus dem gleichen Grunde kann auch nicht der Fall unter die gemischte Schenkung einbezogen werden, in welchem der Mieter für die Gebrauchsgewährung einer Sache einen höheren Mietzins als den, für den gewöhnlich eine Sache der betreffenden Art vermietet zu werden pflegt, bezahlt; er hat vielmehr einen Mietvertrag geschlossen und will außerdem den über den gewöhnlichen Preis hinausgehenden Geldbetrag dem Vermieter schenken [3]).

5. Endlich ist eine gemischte Schenkung auch nicht darin zu erblicken, daß der Kaufpreis im Verhältnis zum Wert der Sache auffallend niedrig gehalten und seine Entrichtung nicht ernstlich beabsichtigt ist. Hier besteht in Wirklichkeit keine Verbindung von Schenkung und Umsatzvertrag, denn in Wahrheit wird von dem einen Teil keine Leistung erbracht oder umgekehrt, eine Freigebigkeit erwiesen; die Parteien bringen das wirklich von ihnen beabsichtigte Geschäft (Umsatzvertrag oder Schenkung) nicht in der diesem eigentümlichen Rechtsform zum Ausdruck, sondern kleiden es in das Gewand des anderen Geschäfts ein, so daß nur das letztere nach außenhin in Erscheinung tritt. So sind denn die beiden hier besonders interessierenden Fälle denkbar, daß

entweder der Kauf in das Gewand einer Schenkung
oder umgekehrt
die Schenkung in die Form eines Kaufs

[1]) Oertmann Entgelt. Gesch. S. 48.
[2]) Ebenso Milde S. 18.
[3]) Ebenso Goldschmidt S. 37.

eingekleidet wird. Im ersten Falle ist die Schenkung, im letzten der Kauf nur zum Schein abgeschlossen und für die juristische Behandlungsweise kommt – soweit das wahre Sachverhältnis aufgedeckt ist – gemäß § 117 Abs. 2 B. G. B. nur das verdeckte Geschäft, im ersten Falle also nur ein Kauf, im letzten nur eine Schenkung in Betracht [1]). Daher handelt es sich hier gar nicht um ein aus Kauf und Schenkung gemischtes Geschäft, sondern um einen einfachen Vertrag, weshalb es falsch und irreführend ist, wenn manche Schriftsteller [2]) auch in diesen Fällen von einem negotium mixtum cum donatione sprechen und dadurch diesem ohnehin weitem Begriff eine Ausdehnung geben, die jeder inneren Berechtigung entbehrt [3]).

6. Schließlich ist noch notwendig die Schenkung unter einer Auflage, die unter der Autorität Savignys [4]) fälschlicherweise in Theorie und Praxis als ein negotium mixtum cum donatione behandelt worden ist [5]), von der gemischten Schenkung abzugrenzen. Man könnte letzteren Begriff überhaupt in Frage stellen, wenn man ihn juristisch als eine Schenkung unter der Auflage, eine Leistung bestimmten Inhalts an den Zuwendenden zu machen, konstruiert, und könnte sich den Tatbestand der gemischten Schenkung, bei dem A. an B. einen Schmuck im Wert von 12 000 Mark für 10 000 Mark verkauft und beide sich darüber einig sind, daß der Mehrwert des Schmuckes dem B. unentgeltlich zugewendet werden soll, in der Weise zurechtlegen, daß man das Geschäft als eine Schenkung des A. an den B. auffaßt unter der Auflage, 10 000 Mark an A. zu zahlen. Mit dieser Konstruktion würde man aber dem Willen der Kontrahenten nicht gerecht werden, da die Auflage lediglich Nebenbestimmung ist, deren Wirkungen erst in Zukunft, später als die der Schenkung selbst, in Erscheinung treten sollen [6]): durch die Hingabe des ganz als geschenkt geltenden Gegenstandes sucht der Schenker den Beschenkten seinerseits nur zur Uebernahme einer Verpflichtung zu bewegen. Daher hat der Schenker stets vorzuleisten und erst an die vollzogene Zuwendung knüpft § 525 B. G. B. die Verpflichtung des Beschenkten. Es findet also bei der Schenkung unter einer Auflage kein Austausch von Leistungen statt, und ferner wird die vom Beschenkten zu machende Leistung (Erfüllung der Auflage) in der Vorstellung der Parteien auch nicht als Entgelt für die Leistung des Schenkers angesehen [7]). Das letztere trifft aber gerade bei der gemischten Schenkung für die Leistung des Bedachten zu: sie wird Zug um Zug gegen die Leistung des Zuwendenden gemacht [8]) und von den Parteien als deren teilweises Entgelt angesehen, es findet also ein Austausch von gegenseitigen

[1]) Man spricht dann von einer „verschleierten Schenkung". Vergl. Milde S. 33, 34.
[2]) Z. B. Förster-Eccius Bd. II § 122 S. 29; Cosack Anf. R. S. 140 fg.
[3]) Matthes S. 22, 23.
[4]) Bd. IV § 154 S. 103 fg., § 175 S. 280 fg.
[5]) Haymann S. 44, 45.
[6]) Müller S. 239.
[7]) Motive z. B. G. B. Bd. II § 448 S. 299; Dernburg B. G. B. Bd. II § 210 S. 135; Endemann Bd. I § 164 S. 742; Stolte S. 105.
[8]) § 322 Abs. 1 B. G. B.; vergl. Müller S. 239.

Versprechungen statt, der das Kennzeichen des gegenseitigen Vertrages[1]) ist und bei der Auflage fehlt. Dies ist das Merkmal, welches die Schenkung unter einer Auflage von der gemischten begrifflich unterscheidet[2]), wenn es auch praktisch oft nicht möglich ist, festzustellen, ob das eine oder das andere vorliegt, besonders in den Fällen der donatio sub modo, in denen die Auflage in der Bewirkung einer Leistung an den Schenker selbst besteht. Gerade hier wird eben häufig nicht eine Auflage, sondern eine Gegenleistung in Frage stehen[3]).

7. Nach all dem Vorgesagten bleibt für die Abhandlung nur noch die Erörterung der drei Fälle übrig, in denen sich entweder

Titel 1 über Kauf, Tausch,

Titel 3 über Miete, Pacht oder

Titel 5 über Darlehn, soweit verzinslich,

mit einer Schenkung verbindet. Dies geschieht in folgender Weise:

a) 1. Kauf und Schenkung:

Es veräußert jemand eine Sache zu einem Preise, der z. B. kaum der Hälfte des wahren Wertes entspricht, an einen Freund in der ausgesprochenen Absicht, ihm den Mehrwert unentgeltlich zuzuwenden. Der Freund bekommt die Sache, wie man zu sagen pflegt, „halb umsonst" oder „halb geschenkt".

2. Miete und Schenkung:

Es vermietet jemand an einen anderen eine Wohnung, für die er jährlich 2000 Mark zu erhalten pflegt, schenkungshalber für den Jahreszins von 1000 Mark, einem Betrag, der nach dem Willen der Parteien nicht das volle Entgelt für die Leistung darstellen soll. Die Leistungspflicht des Vermieters geht hier auf entgeltliche und unentgeltliche Gebrauchsgewährung. Letztere ist im vorliegenden Falle als Schenkungszuwendung anzusehen, da der Vermieter als Geber durch die unentgeltliche Zuwendung aus seinem Vermögen den Mieter als Empfänger bereichert[4]).

3. Verzinsliches Darlehn und Schenkung:

A. leiht dem B. eine Summe von 10 000 Mark auf 20 Jahre mit einverständlichem Schenkungswillen zu einem geringeren Zinssatz, als zu dem er sein Geld sonst zu Erwerbszwecken auszuleihen pflegt. Hier setzt sich die Gesamtleistung aus einer Schenkung und einem verzinslichen Darlehn zusammen. Allerdings ist dies nur dann der Fall, wenn der Darlehnsgeber durch die unentgeltliche Zuwendung „aus seinem Vermögen" den Darlehnsnehmer bereichert[5]). Pflegt also der Darlehnsgeber sein Geld im Kasten liegen zu lassen, anstatt es nutzbringend anzulegen, so wird sich die Gebrauchsüberlassung nicht zugleich als Schenkung, sondern nur als Darlehn darstellen.

b) Die erschöpfende Behandlung dieser drei eben angeführten Fälle würde jedoch den Rahmen der Arbeit überschreiten, weil

[1]) So Stammler S. 85 fg.
[2]) Matthes S. 23, 24.
[3]) Dernburg B. G. B. Bd. II, 2 S. 135; Bekker Bd. II S. 360 Note 1; Cosack Anf. R. S. 145; gemischte und modale Schenkung sind nicht auseinandergehalten in den Entscheidungen in Seuff. Arch. Bd. 18 Nr. 136 und Bd. 26 Nr. 131.
[4]) Goldschmidt S. 44; vgl. auch § 2 unter 2b.
[5]) Goldschmidt S. 45.

ja nur Grundsätze aufgestellt werden sollen, von denen für analoge Fälle Ableitungen möglich sind. Da das Mietrecht zurzeit durch besondere Gesetze, insbesondere das Mieterschutzgesetz vom 1. Juni 1923 — R. G. Bl. S. 353 —, stark abweichend vom B. G. B. geregelt ist und die Mietverhältnisse noch der Zwangswirtschaft unterliegen, so ist ihre Behandlung wenig geeignet, dem hier verfolgten Zwecke zu dienen. Die Verbindung von Schenkung und Darlehn kommt im praktischen Leben nicht allzu häufig vor, weshalb auch sie nicht grundlegend bearbeitet werden soll.

Es bleibt also nur noch die Untersuchung der Verbindung von Kauf und Schenkung übrig, die für ähnliche Arbeiten wohl durchweg die Grundlage bildet, und zwar deshalb, weil sie die wichtigste und häufigste Art der gemischten Schenkung ist. So einfach sich dieser Fall in seinem tatsächlichen Hergang darstellt, so schwierig ist seine rechtliche Beurteilung. Zwar bezeichnen die Parteien den Vertrag regelmäßig als Kauf, jedoch entspricht diese Bezeichnung nicht der Begriffsbestimmung des Kaufvertrages im Rechtssinne — wie weiter unten in § 5 unter 1c gezeigt wird —, und außerdem kommt noch hinzu, daß gleichzeitig der Verkäufer den Empfänger durch die Hingabe der Sache bereichern will, eine Absicht, die rechtlich sonst nur durch einen Schenkungsvertrag zu erreichen ist. Es liegt also gewissermaßen eine Vermischung von Kauf und Schenkung vor, welcher Umstand die oft gewählte Bezeichnung „Gemischte Schenkung" rechtfertigt [1]). Auch findet sich die Bezeichnung „Freundeskauf" [2]) oder „brüderlicher Kauf" [3]).

2. Die Lehrmeinungen.

§ 4. Allgemeiner Ueberblick.

Bei Untersuchung der Lehrmeinungen über die Behandlung der gemischten Schenkung als einer Verbindung von Schenkung und Umsatzvertrag, insbesondere Kauf, findet man die allerverschiedensten Ansichten vertreten. Die Unstimmigkeit ist deshalb leicht erklärlich, weil sich das B. G. B. ausdrücklicher Vorschriften über die gemischte Schenkung enthält und sich somit mangels einer einheitlichen Regelung für ihre rechtliche Behandlung verschiedene Möglichkeiten denken lassen.

1. Man kann einmal das Schwergewicht darauf legen, daß sich die gemischte Schenkung äußerlich als ein Kauf zu einem hinter dem angenommenen Werte der Sache zurückbleibenden Preise darstellt, und ohne Rücksicht auf die in dem Geschäft enthaltene Schenkung die Regeln des Kaufs schlechthin für das ganze Geschäft zur Anwendung bringen.

2. Oder man prüft im einzelnen Falle, welcher der beiden Bestandteile nach der Absicht der Parteien der Hauptbestandteil des Geschäfts, ob die Absicht, einen Umsatzvertrag zu schließen

[1]) Müller S. 209, 210.
[2]) Enneccerus Bd. I, 2 § 347, I S. 367.
[3]) Koeppen S. 28.

oder eine Freigebigkeit zu bezeigen, das zum Geschäftsabschlusse bestimmende Moment gewesen ist. Als Maßstab verwendet man etwa das Verhältnis des geschenkten zum umgesetzten Wertbetrage der Leistung und unterwirft dann das ganze Geschäft als einheitliches den für den überwiegenden Geschäftsbestandteil geltenden Rechtssätzen, also gegebenenfalls auch den Normen über die Schenkung [1]).

3. Ferner ist denkbar, daß man das Geschäft für die rechtliche Behandlung in seine Bestandteile, Kauf und Schenkung zerlegt und es, soweit der geschenkte Wertbetrag in Frage steht, den Schenkungsgrundsätzen, im übrigen den Vorschriften über den Kauf unterstellt. Diese Behandlungsweise hat zur Voraussetzung, daß sich eine Trennung des entgeltlichen Geschäftsteils von dem unentgeltlichen ermöglichen läßt, was die Doppelvertragstheorie bejaht. (Vgl. unten § 6.) Dieser der Kombinationstheorie entsprechenden Ansicht steht

4. die Einheitstheorie gegenüber, die den unter 1. und 2. dargelegten Standpunkten sich nähernd, die Frage, ob trotz des tatsächlich einheitlich vollzogenen Vertragsschlusses dennoch eine juristische Auflösung in die beiden Elemente, Kauf und Schenkung, möglich sei, verneint und auf andere Weise der Eigenart dieses Vertrages gerecht zu werden sucht. (Vgl. unten § 7.)

Es kommt nun darauf an, festzustellen, welche der eben erörterten denkbaren Behandlungsarten dem geltenden Rechte und beim Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift seinem Geiste und dem Zusammenhange seiner Bestimmungen am meisten entspricht. Für die Gewinnung eines brauchbaren Ergebnisses wird es zweckmäßig sein, in einem Ueberblicke die Stellung der hauptsächlichsten Theorien zu der Frage der grundsätzlichen Behandlung gemischter Schenkungen darzulegen.

§ 5. Die gemischte Schenkung als Kauf oder Schenkung.

1. a) Schilling (Bd. III S. 788, 789) nimmt bei der gemischten Schenkung, wenn also die Parteien darüber einig sind, daß außer dem Austausch der Leistungen — dem wesentlichen Inhalt des Kaufs — zugleich eine unentgeltliche Zuwendung erfolgt, das Vorliegen eines Kaufs an. Unter Bezugnahme auf l. 38 D. 18. 1 will er das negotium mixtum cum donatione stets nach den Regeln des negotium behandelt wissen und die Beschränkungen der donatio stets außer Anwendung lassen. Auf seine Lehre stützt sich hauptsächlich das Erkenntnis des Ober-Appellationsgerichts Rostock vom 1. 12. 1870 [2]). Darin ist gesagt: die Parteien hätten ein solches Geschäft nicht als ein aus Kauf und Schenkung gemischtes äußerlich hervortreten lassen, hätten es vielmehr seinem ganzen Inhalte nach in der Rechtsform eines Kaufs abgeschlossen, und zwar zu einem aus besonderem Grunde sehr niedrig bemessenen Preise. Nach dem ausgesprochenen Vertragswillen hätte die Sache nicht etwa zu einem entsprechenden Teil, sondern ganz für den be-

[1]) Die Ansichten zu 1. und 2. entsprechen der von Lotmar aufgestellten Absorptionstheorie. Vgl. unten § 5.
[2]) Seuff. Arch. Bd. 28 Nr. 223, S. 370.

dungenen Preis verkauft werden sollen, weshalb dies Geschäft für die juristische Betrachtung ein Kauf bleibe, da eben die Parteien trotz der liberalen Intentionen des Verkäufers das Geschäft seinem ganzen Inhalte nach als Kauf angesehen wissen wollten. Dieser Wille sei maßgebend, da die Schenkungsabsicht auch unter der Rechtsform einer wahren, nudo consensu zustandegekommenen emptio venditio zu erreichen sei, deren Wesen durch die Unangemessenheit des Preises nicht alteriert werde. Es sei ja auch Grundsatz, daß jedes nicht simulierte Rechtsgeschäft so aufgefaßt werden müsse, wie die Beteiligten es gewollt haben; dieser Wille manifestiere sich vorzugsweise durch die gewählte Rechtsform, sofern dieselbe nicht mit dem Inhalte unverträglich sei. Nur wenn der ganze Kauf lediglich zur Realisierung einer beabsichtigten Schenkung geschlossen sei, erscheine die gewählte Rechtsform bedeutungslos; es sei dann das ganze Geschäft als Schenkung zu behandeln, deren Betrag sich ergebe, wenn man von dem Wert der Sache den der Gegenleistung abziehe.

b) Die gleiche Ansicht wie Schilling vertritt Rehbein (Bd. I Anm. 6 zu § 117), indem er ausführt: der Kaufvertrag sei ernst gemeint, das Motiv für die Normierung des Preises komme für die Frage der Ernstlichkeit des Geschäfts nicht in Betracht, wenn nur der Preis als Kaufpreis gemeint und nicht bloß Scheinpreis sei.

c) Dieser Auffassung der gemischten Schenkung als Kauf ist folgendes entgegenzuhalten:

Wenn der Vertrag von den Parteien als Kauf bezeichnet wird, so kann man freilich dieser Bezeichnung, den rechtsgeschäftlichen Abmachungen durch die Parteien, nicht ohne weiteres jede rechtliche Bedeutung absprechen. Daher muß zugegeben werden, daß in der Bezeichnung „Kauf" mehr als eine bloße Namensgebung liegt, weil sie nicht nur ein Rechtsbegriff, sondern zugleich ein Begriff des täglichen Lebens, insbesondere des Wirtschaftslebens, ist. Wenn sich die Parteien des Ausdrucks Kauf bedienen, so bezeichnen sie aber in erster Linie den materiellen Verkehrszweck des von ihnen beabsichtigten Rechtsgeschäfts: sie denken an den Begriff des Wirtschaftslebens, in welchem Kauf Umsatz von Sachen gegen Geld bedeutet, nicht jedoch an den Rechtsbegriff Kauf[1]), weshalb durch die von den Parteien gewählte Bezeichnung die Untersuchung, welches Schuldverhältnis vorliegt, nicht überflüssig gemacht wird.

Die unter a. und b. vorgeschlagene Lösung kann aber nur dann richtig sein[2]), wenn objektiv der Tatbestand eines Verkaufs unter dem Preise vorliegt, dem Käufer also der Schenkungswille des anderen Vertragsteiles nicht zum Bewußtsein gekommen ist. Dann wäre — wie diese Meinung will — ein reiner Kauf geschlossen, weil von einer Schenkung im Rechtssinne nur dann die Rede sein kann, wenn die Schenkungsabsicht — das ergibt sich aus § 516

[1]) Weirauch S. 234, 235.
[2]) Goldschmidt S. 32.

B. G. B. — auch von dem Beschenkten anerkannt und angenommen ist [1]). Fehlt letzterem diese Kenntnis, so ist die Absicht der Bereicherung beim Verkäufer lediglich Motiv für die niedrige Preisbestimmung [2]); und die Annahme einer Schenkung scheitert begrifflich an der Voraussetzung der Schenkungseinigung, der Einigung darüber, daß eine venditio donationis causa pretio veliore facta abgeschlossen sein soll [3]).

Kommt aber neben dem Schenkungswillen des Verkäufers der entsprechende Wille des Käufers zum Ausdruck, so liegt kein Kauf im Rechtssinne vor, weil sich beim Kauf Leistung und Gegenleistung als gleichwertig gegenüberstehen und die Parteien in dem Preise den vollen und ausschließlichen Gegenwert für die Kaufsache erblicken müssen. Das ist jedoch in dem hier behandelten Vertrag der gemischten Schenkung gerade nicht der Fall, vielmehr sind sich hier die Parteien darüber einig, daß der Preis die Sache nicht zu ihrem vollen Werte ausgleichen und daß für den Mehrwert ein Aequivalent nicht gewährt werden soll. Der Vertrag ist also nicht nur von der Absicht beherrscht, die einem Kaufe zugrunde liegt, nämlich Ware gegen Geld umzusetzen, sondern gleichzeitig von der weiteren Absicht, die rechtlich sonst nur durch eine Schenkung zu erreichen ist [4]). Außerdem bleibt aber in dem Falle, wo neben dem Schenkungswillen des Verkäufers auch der entsprechende Wille des Käufers zutage tritt, außerordentlich fraglich, ob das gesamte Geschäft schon um deswillen als reiner Kauf behandelt werden darf, weil die Parteien es in dieser Rechtsform abgeschlossen haben und äußerlich die Schenkung nicht hervortreten ließen. Werden nicht hier die an sich schon schwer zu erkennenden Grenzen zwischen dem simulierten und dem ernstlich gewollten Geschäft ganz und gar verwischt und die Handlungen in fraudem legis dadurch erleichtert [5]) ?

Das letztgeäußerte Bedenken gegen diese insbesondere für das gemeine Recht aufgestellte Theorie teilen auch Matthes (S. 27) und Müller (S. 222), indem sie auf die praktisch überaus bedenklichen Ergebnisse hinweisen. Wenn nämlich die Lehre richtig wäre, so würde sich den Parteien ein überaus bequemer Weg zur Umgehung der im gemeinen Rechte bestehenden Schenkungsbeschränkungen eröffnet haben, denn die Verbindung eines wenn auch noch so unbedeutenden, aber ernst gemeinten Kaufs mit der beabsichtigten Schenkung würde genügen, um die Anwendung der für letztere gegebenen Sonderbestimmungen außer Kraft zu setzen. Ferner würde nach der geltenden Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz die Anfechtung derartiger Geschäfte wesentlich erschwert, da dann die den Gläubigern besonders günstige Anfechtung von unentgeltlichen Verfügungen nicht zur

[1]) Müller S. 221.
[2]) So auch Bekker S. 201 Anm. u; Staudinger Bd. IIb § 516, Anm. 3d; Koeppen S. 18.
[3]) R. G. R. Komm. § 516 Anm. 4 Satz 1; Milde S. 17.
[4]) Müller S. 209, 210.
[5]) Bejahend, diese Theorie also ablehnend, Koeppen S. 50; Bremer S. 133; Pernice S. 43 fg.; Müller S. 221, 222; verneinend, ohne jedoch im übrigen dieser Theorie folgend, Weirauch S. 235 Anm. 10 mit der Begründung, daß „gewollt" natürlich ernstlich gewollt heiße.

Anwendung kommen könnte, auch ließe sich die nach B. G. B. § 518 vorgeschriebene Form für Schenkungsversprechen ohne weiteres umgehen.

Mit dieser Ansicht, die in der gemischten Schenkung nur einen Kauf sehen will, kann man also der Eigenart des zu behandelnden Mischvertrags nicht gerecht werden, weshalb sie abzulehnen ist.

2. Eine andere Ansicht betrachtet das ganze Geschäft als Schenkung und sieht einen Unterschied von der reinen Schenkung nur darin, daß die Leistung des Schenkers nicht in ihrer Totalität, sondern nur bezüglich des Mehrwerts der Leistung, der sich nach Abzug der Gegenleistung ergibt, Gegenstand der Schenkung ist. Zu diesem Ergebnis führt die Erwägung, daß zwar Verpflichtungs- und Bereicherungsabsicht untrennbar gemischt sind, daß aber die letztere überwiegt. Diese Lehre (deren ältester Vertreter Titraquellus ist) unterstellt daher den ganzen Vertrag den Vorschriften über die Schenkung [1]).

Aehnlich, aber weniger stark vertreten ist die Meinung [2]), die zwar einen aus Kauf und Schenkung gemischten Vertrag annimmt, wohl aber für den ganzen Vertrag die für das Schenkungsversprechen vorgeschriebene Form gewahrt wissen will.

3. Eine neuere, vermittelnde Ansicht will ebenfalls nur e i n e Vertragsart als für den ganzen Vertrag maßgebend betrachten; sie will aber den Parteiabsichten insofern mehr gerecht werden, als sie stets die Geschäftsart entscheiden lassen will, „die nach dem realen Inhalt und den Intentionen der Parteien überwiegt". So namentlich Endemann (Bd. 1 S. 908 Anm. 9 und S. 1022 fg. und Blociszewski (S. 41), der den Inhalt dieser Ansicht dahin wiedergibt, „daß bei einer Vermengung von Vertragstypen vor allem der Hauptvertragstyp herauszufinden ist, daß dessen Rechtsregeln dann das ganze Rechtsgeschäft beherrschen und ihm sein Gepräge aufdrücken" [3]).

Die genannte Lehre scheint vom Allgemeinen Landrecht Teil I Titel 11 § 1053 beeinflußt worden zu sein, wo es heißt:

> „Schenkungen, welche unter einer von den dem Geschenknehmer zu leistenden Bedingung, oder zu einem gewissen von ihm zu erfüllenden Endzwecke versprochen oder gegeben worden, sind, im zweifelhaften Falle, den lästigen Verträgen gleichzuachten."

Nach dieser Vorschrift soll der Richter also abwägen. Da aber nicht anzunehmen ist, daß ihm das Gesetz zumutet, ein arithmetisches Rechenexempel — wie oben § 4 zu 2 angedeutet — auszuführen [4]), so bleibt der Maßstab unbestimmt, fast willkürlich.

[1]) Titraquellus stützt sich auf l. 38 D. 18. 1. Ueber diese Stelle vergl. Savigny Bd. IV S. 100; O. L. G. Colmar vom 6. 4. 1893 bei Scherer § 516 Anm. 22; Bremer S. 125; Koeppen S. 25.

[2]) R. G. bei Bolze Bd. 21 S. 197 Nr. 398.

[3]) In diesem Sinne auch Planck 07 § 535 Erl. 10 a u. b; Staudinger § 535 I 30; R. G. R. Komm. Vorbem. 1 zum Titel Miete, Pacht; Cosack S. 484, 552; J. W. 38, 650; R. G. E. 48, 89; Recht 14 Nr. 1441, Nr. 2897, Nr. 4075; Seuff. Arch. 58 Nr. 168 u. 30, 59 Nr. 120, 60 Nr. 72, 64 Nr. 135; Haymann S. 19, 20.

[4]) Weirauch S. 239.

4. Die Ansicht, daß nur eine einheitliche Entscheidung erfolgen kann, ist zwar bei Mischverträgen im engeren Sinne, die hier — wie schon oben zu § 3 zu 4 dargelegt — nicht behandelt werden sollen, brauchbar, kauft jedoch z. B. A. von B. eine Sache für 1000 Mark und sind sich die Parteien darüber einig, daß die Sache bei weitem mehr wert ist, liegt also eine gemischte Schenkung im eigentlichen Sinne vor, dann versagt sie (vgl. § 6 zu 2). Allerdings wäre es recht bequem, wenn man nach ihr verfahren könnte, denn man hätte alle Schwierigkeiten gelöst, sobald man die Zuweisung des konkreten Falles zu einem der gesetzlichen Typen richtig vorgenommen hätte. Denn dann wären die Vorschriften des betreffenden Typus einfach mechanisch anzuwenden, soweit sich nicht offenbare Widersprüche mit dem Sinne der getroffenen Vereinbarungen ergeben, oder soweit es sich nicht um Streitpunkte aus dem Gebiete handelte, dem die Nebenverpflichtungen angehören. Ein solches Verfahren bedeutet aber keineswegs — was ja auch in dieser Abhandlung erstrebt wird — Rechtssicherheit herbeizuführen, sondern vielmehr nach einer Schablone zu handeln. Denn es ist einleuchtend, daß ein Gesetz, das jeweils nur ganz bestimmte Sonderfälle der von ihm definierten Vertragstypen regelt, auch keine Rücksicht darauf nimmt, daß oft bei einem nur wenig veränderten Tatbestand erhebliche Veränderungen des wirtschaftlich Gerechtfertigten und Zulässigen eintreten können [1]).

All diesen in § 4 wiedergegebenen Meinungen steht weiterhin aber gleichermaßen entgegen, daß sie den Parteiintentionen nicht gerecht werden. Die Parteien wollen gar nicht kaufen o d e r schenken, sie wollen vielmehr Kauf u n d Schenkung [2]).

Allein aus technisch-juristischen Gründen setzen sie sich über den Parteiwillen hinweg, ohne daß dieser Parteiwille, dieser anders geartete Geschäftsinhalt, dadurch beseitigt werden könnte. Es darf nicht gestattet sein, die Parteiabsicht unbeachtet zu lassen, vielmehr muß man ihr nachkommen, soweit es das Gesetz zuläßt. Das B. G. B. gestattet aber nicht nur die Berücksichtigung des Parteiwillens, denn — wie schon oben (§ 1 zu 1) betont — sind die darin aufgestellten Typen nicht zwingend [3]), sondern es stellt geradezu und anerkanntermaßen den Grundsatz der Vertragsfreiheit auf. Aus diesem ist auch die Folgerung zu ziehen, daß die vorhandenen gesetzlichen Typen — also weder Kauf noch Schenkung — vor Neuschöpfungen des Verkehrs, als die sich auch die gemischte Schenkung darstellt, einen besonderen Vorzug genießen, weil eine derartige Bevorzugung eine Einschränkung der Vertragsfreiheit bedeuten würde. Darum erscheint die schon von Puchta (S. 340 fg.) getadelte und in diesen Lehren vorherrschende Neigung, womöglich jede Erscheinung des Verkehrslebens

[1]) Schreiber S. 198.

[2]) So auch Matthes S. 29. Bemerkenswert ist übrigens, daß die Vertreter der 3 dargelegten Ansichten sich auf Ulpian als Autorität berufen und daß die beiden Aeußerungen dieses Rechtslehrers in 1. 5 § 5 D. 24, 1 einerseits und in 1. 38 D. 18, 1 andererseits in unlösbarem Widerspruch zu einander stehen, wie Müller S. 223 Note 28 hervorhebt.

[3]) Weirauch S. 239, 240); Goldschmidt S. 33.

einer der vorhandenen und gesetzlich geregelten Typen unterzuordnen, auch aus dem Gesichtspunkte der Vertragsfreiheit heraus im höchsten Maße bedenklich. Denn sie führt dazu, die theoretische Anerkennung der Vertragsfreiheit praktisch ganz wesentlich einzuschränken [1]).

Infolgedessen sind die Lehren, die in der gemischten Schenkung nur entweder Kauf oder Schenkung erblicken, mögen sie auch einen berechtigten Kern enthalten, als dem Parteiwillen und dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht entsprechend, abzulehnen.

§ 6. Die gemischte Schenkung als Doppelvertrag.

1. Faßt man mit der bis zum Erscheinen der Ausführungen Müllers (S. 209 fg.) herrschenden Lehre die gemischte Schenkung als Doppelvertrag auf, so ist — wie schon oben erwähnt (§ 4 zu 3) — der Nachweis zu erbringen, daß das Geschäft in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Vertrag zerlegt werden kann.

Diesen Nachweis glaubte man zu führen, indem man zeigte, daß bei der Verbindung von Schenkung und Umsatzvertrag sowohl das Mittel der Schenkung wie das des Umsatzvertrages seinem Inhalte nach bestimmt werden könne. Unter dem „Mittel" versteht man die Leistung, durch die der Zweck des Schuldverhältnisses erreicht wird, weshalb also die Frage aufgeworfen werden mußte, was Gegenstand der Schenkung und was Gegenstand des Umsatzvertrages ist. Eine einheitliche Beantwortung dieser Frage ist nicht erfolgt, vielmehr werden zwei Fälle unterschieden, je nachdem die Gesamtleistung des freigebigen Teils in einer Geldleistung oder in einer Sachleistung besteht.

Liegt eine Geldleistung vor, so herrscht über die Beantwortung kein Streit: Das Mittel der Schenkung ist eben ein Teil der Geldleistung. A. kauft dem B. einen Schmuck für 12 000 Mark ab, dessen Wert die Parteien auf 10 000 Mark annehmen, indem sie darüber einig sind, daß der Mehrwert unentgeltlich zugewendet sein soll. Wird hier das Mittel des Umsatzvertrags durch den dem Wert der Gegenleistung entsprechenden Betrag von 10 000 Mark bestimmt, so ist als Gegenstand der Schenkungsleistung der den Gegenleistungswert übersteigende Betrag von 2000 Mark anzusehen [2]). Die rechtliche Beurteilung solcher Geschäfte macht keinerlei Schwierigkeiten und berührt das hier zu behandelnde Problem nicht, weshalb schon oben (§ 3 zu 4) betont worden ist, daß diese Verträge in der vorliegenden Untersuchung keine Berücksichtigung finden sollen.

2. Geteilt sind aber die Meinungen, wenn eine Sachleistung vorliegt, der freigebige Teil also dem anderen einen einheitlichen, nicht in Geld oder vertretbaren Sachen bestehenden Leistungsgegenstand zuwendet, der Verkäufer demnach als Schenker auftritt. Als Beispiel diene der Fall, daß A. von B.

[1]) Schreiber S. 149.
[2]) Lammfromm S. 134; Koeppen S. 20; Matthes S. 32.

einen Schmuck, dessen Wert die Parteien auf 12 000 Mark annehmen, schenkungshalber für 10 000 Mark kauft. Dann liegt auf seiten des die Freigebigkeit Uebenden (B.) ein einheitlicher, die Zuwendung bildender Leistungsgegenstand vor, der nicht wie im ersten Beispiele eine reale Teilung zuläßt, ohne eine Wertverringerung oder gar völlige Entwertung zu erleiden. Da somit die Zuweisung des einen realen Teils an die Schenkung und des anderen Teils an den Kauf als das zugehörige Mittel unmöglich ist, herrscht Streit darüber, was eigentlich geschenkt sein soll.

a) Nach der Theorie von Lammfromm[1]) kann das Mittel der Schenkung nicht in der Leistung des Schenkers, sondern nur in der des Beschenkten enthalten sein und kann sich nur in dem teilweisen Nachlaß des ursprünglich höher bestimmten Kaufpreises zeigen. Seine Theorie geht nämlich von Begriff des Umsatzvertrages aus. Während bei diesem jeder Kontrahent durch die Vorstellung von einer ihm vorteilhaften objektiven und subjektiven Wertverschiedenheit der auszutauschenden Leistungen oder Versprechungen zum Vertragsschluß bestimmt wird[2]), jeder Vertragsteil also durch seine Leistung die Bereicherung des eigenen Vermögens auf Kosten des anderen bezweckt, die Gabe demnach Mittel der eigenen Vermögensvermehrung ist, bezweckt die Leistung bei der Schenkung nach dem Willen der Parteien die Bereicherung des Vermögens des Beschenkten. Wenn sich nun Umsatzvertrag und Schenkung in einem Geschäftsschluß verbinden, so kann folgerichtig das Mittel der Schenkung nicht mit dem des Umsatzvertrages identisch sein, denn unmöglich kann mit ein und derselben Leistung, mit ein und demselben Versprechen, eine objektive Bereicherung des eigenen Vermögens des Schenkers und zugleich eine objektive Vermögensvermehrung des Beschenkten bezweckt sein. Darum sieht Lammfromm das Mittel der Schenkung in dem Leistungsversprechen des Beschenkten, in der Preiszahlungsverbindlichkeit des Käufers; und da das Mittel des Umsatzvertrages ein anderes ist, so kann der Verkäufer mit dem Versprechen der Sachleistung eben bloß die Erlangung des Preiszahlungsversprechens, nicht aber die Bereicherung des Kontrahenten bezwecken: es gilt also die ganze Sache als verkauft.

Lammfromm (S. 135) gibt zwar die Möglichkeit zu, daß die versprochene Sache nur zum Teil Gegenstand des Kaufs, zum anderen Teil hingegen Gegenstand der Schenkung sein könne. Er meint aber, wenn man als Mittel der letzteren die Sachleistung insoweit annehme, als ihr eine Gegenleistung nicht gegenüberstehe, so setze die Bestimmung dieses Mittels bei der gemischten Schenkung eine so komplizierte Be- und Umrechnung voraus, wie sie den Parteien völlig fernliege. Lediglich deshalb konstruiert er das aus Kauf und Schenkung gemischte Geschäft in der Weise, daß die Parteien die ganze Sache gegen einen höheren Kaufpreis als den zu zahlenden umsetzen und gleichzeitig der Verkäufer dem Käufer die Differenz zwischen dem

[1]) a. a. O. S. 134.
[2]) Lammfromm S. 54.

angenommenen und dem wirklich zu zahlenden Kaufpreis erläßt. Nach ihm besteht also der Gegenstand der Zuwendung in dem Teile der Kaufpreisforderung, die bereits z. Zt. des Vertragsschlusses in dem Vermögen des Verkäufers entstanden war[1]).

Gegen diese Theorie müssen ebenfalls erhebliche Bedenken geltend gemacht werden.

Lammfromm (S. 136) will beweisen, daß beim negotium mixtum cum donatione die Schenkung stets in einem teilweisen Nachlaß des Kaufpreises bestehen müsse. Zu diesem Zwecke geht er von der unbewiesenen Voraussetzung aus, daß die Kontrahenten regelmäßig die ganze Sache als verkauft ansehen. Daher muß er vermöge des logisch unanfechtbaren Satzes, daß das Mittel der Schenkung und dasjenige des Umsatzvertrages niemals identisch sein können, ohne weiteres zu dem Schlusse gelangen, daß die Schenkung in dem Preiszahlungsversprechen zu suchen sei. Denn wenn die ganze Sache als verkauft gelten und doch etwas geschenkt werden soll, so kann die Schenkung nur in einem teilweisen Erlasse des Kaufpreises bestehen. Der logische Fehler der Lammfrommschen Deduktion liegt darin[2]), daß er das Beweisthema zur Voraussetzung seiner Beweisführung nimmt. Die beiden Sätze:

„beim negotium mixtum cum donatione gilt die ganze Sache als verkauft"

und

„beim negotium mixtum cum donatione liegt die Schenkung in dem Preiszahlungsversprechen des Käufers"

bedeuten für die Beweisführung im Grunde dasselbe. Sie stehen in einer derartigen Beziehung zueinander, daß, wenn der eine Satz besteht, der andere vermittels des Grundsatzes von der Unmöglichkeit der Identität der Mittel als Schluß aus ihm folgt. Man muß also, jedenfalls wenn man zu dem zweiten Satze gelangen will, den ersten zuvor beweisen und darf ihn nicht einfach als Voraussetzung hinstellen. Was Lammfromm bewiesen hat, ist nach den obigen Ausführungen schon an sich ganz selbstverständlich, nämlich daß wenn beim negotium mixtum cum donatione die ganze Sache als verkauft anzusehen ist, die Schenkung notwendig in dem Preiszahlungsversprechen des Käufers liegen muß[2]).

Ferner ist es gerade der gemischten Schenkung eigentümlich, daß einmal die Parteien in der Regel nur den niedrigeren, den wirklich zu zahlenden Preis vereinbaren, wenn sie sich dabei auch bewußt sind, daß er hinter dem wahren Werte der Kaufsache zurückbleiben soll, und daß sie zum anderen gerade den höheren Preis, der volles Entgelt für die Sachleistung darstellen würde, nicht festsetzen. Daher würden die Parteien gewiß sehr erstaunt sein, wenn ihnen Lammfromm sagte, daß es ursprünglich ihre Absicht gewesen sei, zu einem höheren Preise zu verkaufen,

[1]) Weirauch S. 241.
[2]) Matthes S. 35.

sie dies auch getan hätten, sich nachträglich aber darüber einig geworden wären, daß ein Teil dieses höheren Preises erlassen sei[1]).

Haben nun aber die Parteien keine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung über den höheren Preis getroffen, so gibt Lammfromm selbst zu, daß man vor einem Dilemma steht: Der Kauf — denn Lammfromm nimmt die ganze Sache als verkauft an — sei mangels eines pretium certum hinfällig, zugleich damit die Schenkung[2]), wenn man nicht im Wege wohlwollender Auslegung anstelle des nicht vereinbarten höheren Preises den gemeinen objektiven Sachwert annehme.

Matthes (S. 37 fg.) meint allerdings, der Einwand, den Lammfromm gegen die Richtigkeit seiner Lehre selbst erhebe, sei nicht stichhaltig und die Schwierigkeit nur eine scheinbare. Das Erfordernis des pretium certum könne man nicht dahin verstehen, daß der Preis von den Kontrahenten ziffernmäßig bestimmt sein müsse; es genüge, daß er bestimmbar[3]) und der Kauf überhaupt zum Abschluß gekommen und nicht im Stadium bloßer Vorverhandlungen stecken geblieben sei. Hätten die Parteien also den Preis nicht selbst genau festgesetzt, so gelte der angemessene Kaufpreis als vereinbart[4]).

Wie aber selbst bei Anwendung einer „wohlwollenden Auslegung", nach der anstelle des nicht vereinbarten höheren Preises der gemeine objektive Sachwert treten soll, die Lammfrommsche Theorie versagen muß, beweist folgender von Müller (S. 214), der diese Ansicht ebenfalls ablehnt, dem praktischen Leben entnommener Fall:

Der Verfasser eines Buches hat von dem Verleger eine Anzahl Exemplare zu einem Vorzugspreis gekauft und statt des Ladenpreises von 30 Mark nur 20 Mark bezahlt. Nachdem das Werk vergriffen, im Buchhandel also nicht mehr zu kaufen ist, wendet sich ein Freund des Verfassers an diesen mit der Bitte, ihm eines seiner Exemplare abzulassen. Der Verfasser erklärt sich dazu bereit, erklärt aber gleichzeitig, daß er aus besonderem Wohlwollen nur einen Preis von 10 Mark beanspruche. Der andere nimmt diesen Antrag an. Bei diesem Vertrage sind also offensichtlich Kauf- und Schenkungselement gleichzeitig vorhanden. Wie soll aber hier der „eigentliche Kaufpreis" zu denken sein? Soll er 30 Mark betragen, wie der Ladenpreis, den der Freund sonst hätte zahlen müssen, oder 20 Mark, wie der Vorzugspreis? Und soll, wenn der Käufer den ersteren im Auge hatte, der Verkäufer aber den letzteren, der Vertrag nichtig sein, weil der Wille der Parteien nicht übereinstimmte?

Die letztgenannte Folgerung wäre nach Müllers Erachten vom Standpunkte Lammfromms aus gar nicht zu umgehen, wenn auch gegen sie unzweideutig die Tatsache spricht, daß eine einheitliche Offerte abgegeben und diese als einheitliche angenommen

[1]) Koeppen S. 28; Goldschmidt S. 20, 21.
[2]) So auch Koeppen S. 22 u. 28.
[3]) Dernburg Pand. Bd. II § 94 S. 256 fg.; Cosack B. G. B. Bd. I § 121 S. 400.
[4]) Stölzel, Schulung Bd. I S. 125.

worden ist. Schon aus diesem Grunde erweist sich nach Müller (S. 214) die Lammfrommsche Theorie praktisch als undurchführbar. Nur nebenbei bemerkt er (S. 214 Anm. 5) zutreffend, daß sie gänzlich versagen muß, wenn es sich um eine Verbindung von Tausch und Schenkung handelt. Da nämlich dann keine der beiden Umsatzleistungen eine Geldleistung, ein Preis ist, so dürfte das Mittel der Schenkung, der Erlaß, kaum zu konstruieren sein[1]).

Von der Schwierigkeit obigen Einzelfalles abgesehen, kann auch regelmäßig im Wege der wohlwollenden Auslegung, die Lammfromm vorschlägt, schwerlich eine befriedigende Lösung gefunden werden. Der von den Parteien bei Abschluß des Geschäfts angegebene wahre Wert des Gegenstandes, der schenkweise zu dem geringeren Preise verkauft werden soll, kann doch nicht als der von den Parteien ursprünglich festgesetzte Kaufpreis angesehen werden. Denn „ich verkaufe Dir eine Sache im Werte von 1000 Mark" ist doch nicht gleichbedeutend mit „ich verkaufe Dir eine Sache für 1000 Mark". Und selbst wenn die Parteien den Wert des Kaufgegenstandes mit dem ersten Satze angeben wollten, so kann trotzdem daraus noch nicht gefolgert werden, daß der Verkäufer diesen höheren Preis beim Vorliegen eines reinen Kaufs fordern, der Käufer diesen Preis zahlen werde[2]); hierin liegt höchstens eine Vermutung. Da sie sich aber nicht beweisen läßt, kann sie bei der Frage, ob der Vertrag gültig geschlossen ist oder nicht, als Grund zur Bejahung nicht verwendet werden[3]).

Um die Unhaltbarkeit dieser Theorie ganz klar zu beweisen, sei — was Lammfromm ja für möglich hält — unterstellt, daß die Parteien den höheren, nicht zu zahlenden Kaufpreis festgesetzt hätten. Dann ist einzuwenden, daß keine gemischte Schenkung, sondern zwei Verträge vorliegen, einmal der Kaufvertrag, und als zweiter der zeitlich folgende Vertrag über den schenkweisen Erlaß eines Teiles des Kaufpreises. Von einer Schenkung, die ja Lammfromm auch annimmt, kann aber dann keine Rede mehr sein, da das B. G. B. zum Begriff derselben eine Zuwendung, d. h. eine Verschiebung von Vermögen aus der Hand des Schenkers in die des Beschenkten verlangt. Der niemals gezahlte, höhere, „eigentliche Kaufpreis" befindet sich ebensowenig in dem Vermögen des Schenkers wie die Forderung auf ihn[4]). Der Verkäufer hat beides — Kaufpreis oder Forderung — niemals besessen und höchstens zum Vorteil des Käufers einen Vermögenserwerb unterlassen. Dann liegt aber

[1]) So auch Koeppen S. 29.
[2]) Matthes S. 37; Weirauch S. 242.
[3]) Die analoge Vermutung, die die weiter unten (unter 3) zu behandelnde Lehre aufstellt, hat für sie eine ganz andere Bedeutung: aus der Erwähnung des Sachwertes und der Preisleistung ergibt sich für sie nur das Verhältnis, zu welchen ideellen Teilen die Sache Inhalt der Schenkungsleistung und zu welchen Teilen sie Inhalt der Umsatzleistung ist; die Vermutung ist also lediglich für die sekundäre Frage nach dem genauen Betrage der im negotium mixtum cum donatione liegenden Schenkung aufgestellt. (Koeppen S. 28; Weirauch S. 245) Der Wert soll aber nicht wie bei Lammfromm als Gegenstand der Schenkung ermittelt werden.
[4]) Vergl. S. 20 oben und S. 24 oben.

nach § 517 B. G. B. keine Schenkung, wie Lammfromm behauptet, vor[1]).

Ferner ist der Preiserlaß überhaupt kein selbständiges Geschäft derart, wie diese Theorie annimmt; es ist vielmehr nur ein Zusatzvertrag, der das früher geschlossene Geschäft in einem Punkt abändert (§§ 305, 397 B. G. B.). Er kann in doppeltem Sinne vorkommen[2]):

(1.) Ein aus irgendeinem Grunde zu hoch angesetzter Preis wird nachträglich auf ein angemessenes Maß reduziert, wobei sich die Parteien einig sind, daß der ermäßigte Preis immer noch volle Entgeltsleistung sein soll. Dann ist aber der nachträglich abgeänderte Kaufvertrag immer noch ein voll entgeltlicher Kauf, der mit der gemischten Schenkung nichts zu tun hat.

(2.) Anders liegt der Fall, den Lammfromm hier im Auge hat, daß nämlich der Preiserlaß um deswillen herbeigeführt wird, um das ursprünglich voll entgeltliche Geschäft, den Kauf, zu einem teilweise unentgeltlichen zu machen. Damit ist aber diese Theorie wieder an den Ausgangspunkt zurückgekehrt, nämlich zu dem einheitlichen Geschäft der gemischten Schenkung, zu dem ja der vorausgenommene Kaufvertrag durch die zusätzliche Preisnachlaßvereinbarung wiederum gestaltet wird. Sie macht also einen Zirkel, der nicht vorwärts bringt und keine Lösung bildet[3]).

Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet, ist bei Lammfromm Gegenstand der Schenkung stets ein Geldwert. Dies entspricht aber garnicht der Auffassung des Verkehrs, wonach die Sache halb geschenkt ist. Erwähnenswert sind auch die Betrachtungen von Matthes (S. 39), der auf die unten unter 3 erörterte Theorie überleitend davon ausgeht, daß Lammfromm zu seinem Bedenken, es mangele an einem pretium certum, nur deshalb komme, weil er von der unbewiesenen und irrigen Voraussetzung ausgehe, daß die ganze Sache verkauft sei. Nach Matthes muß gerade die Tatsache, daß als Entgelt für die Leistung des Zuwenders eine feste, hinter dem angenommenen Werte zurückbleibende Summe vereinbart wird, umgekehrt zu dem Schluß zwingen, daß die Parteien den Gegenstand nicht in seiner Totalität als umgesetzt, sondern ihn nur zum Teil als verkauft, zum Teil als verschenkt betrachten. Diese Konstruktion entspreche auch weit mehr der Sachlage, als die Lammfromms. Tatsächlich erklärten doch die Parteien den Gegenstand für den bestimmten niedrigeren Preis zu verkaufen, geben also damit zu erkennen, daß nur jene hinter dem wahren Werte zurückbleibende Summe den Kaufpreis bilden solle. Wenn der Verkäufer, um bei dem oben (§ 6 zu 2) gebildeten Beispiele zu bleiben, sagt: „Ich verkaufe Dir diesen Schmuck, der weit mehr, z. B. 12 000 Mark, wert ist, für 10 000 Mark, den Mehrwert wende ich Dir unentgeltlich zu", so bringt er doch damit deutlich zum Ausdruck, daß er aus dem in dem Geschäfte

[1]) Goldschmidt S. 20; Weirauch S. 242.
[2]) Hoeniger S. 286.
[3]) Hoeniger S. 287.

steckenden Kaufe keine höhere Forderung als 10 000 Mark erlangen will. Wenn er aber nur eine Kaufpreisforderung von 10 000 Mark zu erwerben beabsichtigt, so hat er aus dem ganzen Geschäft überhaupt keine Forderung erhalten, von der er noch 2000 Mark schenkungsweise erlassen könnte.

Aus diesen Gründen ist die Lammfrommsche Anschauung einmal wegen ihrer verfehlten Konstruktion des Erlasses, zum anderen deshalb nicht brauchbar, weil der Schenkgeber die Sache schenken will, die ihm allerdings zu kostbar ist, als daß er sie ohne jede Gegenleistung aufgeben würde. Keinesfalls beabsichtigt er aber ein Geldgeschenk. Die Theorie entspricht also auch nicht der Verkehrsauffassung, weshalb nach allen maßgebenden Gesichtspunkten durchprüft, die Unhaltbarkeit der Lammfrommschen Ansicht hinreichend dargelegt sein dürfte[1]).

b) Eine weitere Theorie[2]) besagt, daß, wenn bei einem Austauschvertrag die Gegenleistung zum Zwecke der Zuwendung niedriger gestellt wird als den Wertverhältnissen angemessen ist, so ist geschenkt der Wert, welcher der Schenkungsabsicht entsprechend herabgemindert ist, nicht aber der durch das entgeltliche Geschäft zugewendete Gegenstand. Es wird jedoch nicht ausgeführt, von welchem Wert der geschenkte Wert herabgestrichen, auch nicht wie dieser Wert zu ermitteln ist. Gegen diese Theorie, die ebenfalls mit der unbewiesenen Behauptung der Herabsetzung operiert, sind dieselben Bedenken wie gegen die Lammfrommsche zu erheben[3]).

Daneben sehen noch eine Reihe anderer Schriftsteller den Gegenstand der Schenkung in dem „Mehrwert", den die Leistung des Schenkenden gegenüber der Leistung des Beschenkten hat. Man vergleiche: Geschenkt ist der „überschießende Betrag der wertvolleren Leistung"[4]), der „Teil des Wertes der Sache"[5]), der „Wertunterschied"[6]). Auch das Reichsgericht[7]) hat sich in einer früheren Entscheidung dieser Ansicht angeschlossen und sieht geradezu das Charakteristikum der gemischten Schenkung darin, „daß sie neben dem entgeltlichen Geschäft auf den überschießenden Wert gehen soll", Gegenstand der Schenkung ist der „überschießende Betrag". Ebenso findet Förster-Eccius (§ 122 S. 29) die Schenkung in dem „überschießenden Werte". Für das Preußische Recht hat auch Gruchot dasselbe behauptet und zugleich für die Art der Ermittelung Anweisung gegeben[8]): der Wert der dem Beschenkten auferlegten Leistung soll von dem ihm überlassenen Gesamtobjekt in Abzug gebracht und nur der übrig bleibende Betrag als Gegenstand der wirklichen Schenkung angesehen werden. Dies entspricht dem Begriff der „reinen Bereicherung", wie ihn das Urteil des Ober-Appellations-

[1]) Weirauch S. 244; Stolte S. 112; Müller S. 214; Goldschmidt S. 22; Milde S. 14/15.
[2]) Kohler Bd. II.1 S. 282.
[3]) Goldschmidt S. 43.
[4]) Bekker S. 201.
[5]) Bechmann § 153 S. 150.
[6]) Bremer.
[7]) R. G. E. 29,265.
[8]) Bd. 13 S. 641 fg. 826.

gerichts Darmstadt vom 3. 2. 1867[1]) aufstellt. Hat die Gegenleistung keinen Vermögenswert, so ist die Ermittlung einer solchen Differenz nicht möglich und daher trotz einer etwa vorliegenden Bereicherungsabsicht die Schenkung nicht als vorliegend anzusehen[2]).

Auch Dernburg[3]) schließt sich dieser Lehre an und führt aus: „Wird der Kaufpreis niedriger angesetzt, als sonst beabsichtigt war, um die Sache zu schenken, so liegt Schenkung dieser Differenz vor." Geschenkt soll also der Kaufpreis sein und zwar „der Kaufpreis, den der Schenkgeber als dem Werte des Kaufgegenstandes entsprechend beanspruchen könne". Wie bei Lammfromm und den bisher genannten Schriftstellern ist also auch nach Dernburgs Lehre ein Teil des Kaufpreises vom Verkäufer geschenkt, und wie jene folgert er, daß die Schenkung von der Existenz des Kaufes abhängig sei, nicht aber umgekehrt, die Gültigkeit des Kaufs von der Ungültigkeit der Schenkung betroffen werde. Ist von Anfang an oder wird nachträglich der Kauf nichtig, so fällt das Preiszahlungsversprechen fort und damit wird die Schenkung unwirksam. Während nun aber Lammfromm behauptet, daß der Kauf als Hauptgeschäft von der Ungültigkeit der Schenkung nicht berührt werde, gibt Dernburg die Möglichkeit zu, daß der Käufer sich darauf berufen könne, er würde den Kauf ohne die Schenkung nicht vorgenommen haben (§ 139 B. G. B.). Hierin liegt der Widerspruch der Lehre Dernburgs: § 139 B. G. B. setzt das Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts voraus, während Dernburg im übrigen die gemischte Schenkung wie zwei Verträge, Kauf und Schenkung, behandelt. Dadurch, daß er dem Käufer die Berufung auf § 139 B. G. B. zugesteht, gibt er zu, daß die theoretische Selbständigkeit des Kaufs praktisch gegenüber der Einheit des Geschäftswillens nicht Stand zu halten vermag, und verläßt damit selbst wieder den Boden seiner eigenen Ansicht[4]).

3. Nach der sowohl im gemeinen Recht als in der Literatur zum B. G. B. vorherrschenden Ansicht[5]), welche ebenfalls die gemischte Schenkung in Kauf und Schenkung zerlegt, liegt jedoch das Mittel der Schenkung nicht in dem zugewandten Wert, sondern in der Sachleistung des Schenkgebers selbst, die auch zugleich als Mittel des Umsatzvertrages angesehen wird[6]). Als Schenkungsleistung gilt dabei derjenige Teil der Sachleistung, der nach dem Verkehrszweck nicht als durch die Gegenleistung gedeckt anzusehen ist[7]). Der Teil der Gesamtleistung, welcher dem Schenkzweck dient, steht daher gänzlich

[1]) Seuff. Arch. 26,131.
[2]) Vergl. auch Pernice S. 135.
[3]) Bd. II,2 § 161 S. 415 Anm. 21; S. 163, S. 138.
[4]) Müller S. 215.
[5]) Motive II S. 287; Cosack Lehrb. Bd. I S. 505; Fischer-Henle § 516 Anm. 5; Neumann Bd. I § 516 Anm. 4; Planck Bd. II § 516 S. 283 Anm. 6; Staudinger Bd. II § 516 Anm. 3 d; Scherer S. 636; Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 650; Savigny Bd. IV S. 99, 103; Windscheid-Kipp Pand. Bd. II S. 506 Note 3, S. 520 Note 10; Seuff. Arch. 3,356; 6,38; 17,76; 18,136; 23,198; 25,238; 31,138; R. O. H. G. 5,54; 17,12; J.W. 1898 S. 518; Koeppen S. 68; Weirauch S. 229 fg.; Matthes S. 25 fg.; R. G. E. 54,110.
[6]) Vergl. Koeppen S. 26, der diese Theorie am bestimmtesten und schärfsten zum Ausdruck gebracht hat.
[7]) Oertmann § 516, Anm. 8b; Koeppen S. 68 fg.

außerhalb des Umsatzzweckes und der Teil, welcher dem Umsatzzwecke dient, auch außerhalb des Schenkungszweckes. Jeder dieser Teile beruht auf seiner besonderen causa, erster auf der causa obligandi sive solvendi, letzter auf der causa donandi; jeder von ihnen ist demgemäß nach seinen spezifischen Regeln als Kauf bezw. Schenkung zu behandeln[1]).

Diese Ansicht kann allerdings die Ausdrucksweise des Lebens für sich ins Feld führen; man sagt in der Tat, die Sache sei halb geschenkt. Aber damit ist für die juristische Betrachtungsweise noch nichts gewonnen; es bleibt gerade die Frage offen, ob rechtlich eine „Halbierung" möglich ist. Und da muß denn auch Koeppen (S. 27) bekennen: „Die Schwierigkeit besteht darin, daß die den verschiedenen causis dienenden Mittel in der unteilbaren Verbindung einer und derselben Leistung vielleicht eines einzelnen Gegenstandes auftreten und daß wegen dieser Verbindung die in der Idee scharf durchführbare Trennung derselben sich auf die Wirklichkeit unmittelbar nicht übertragen läßt."

Dennoch soll die Trennung wenigstens mittelbar durchzuführen sein, und zwar ist nach Koeppen (S. 27) und Weirauch (S. 244, 245) zu diesem Zweck zunächst der Geldwert des auf die Schenkung entfallenden Teils des Leistungsgegenstands zu ermitteln. Wenn nämlich aus den Verhandlungen der Parteien ersichtlich ist, wie hoch sie den Leistungsgegenstand bewerten (= a), so ist der auf die Schenkung entfallende Geldwert gleich der Differenz dieses Betrages und des tatsächlich in Ansatz gebrachten Kaufpreises (= b). Fehlt es aber an Erklärungen dieses Inhalts, so gilt nach dieser Theorie statt des subjektiven Wertes des Leistungsgegenstandes sein objektiver Wert als stillschweigend von den Parteien dem ganzen Geschäft zugrunde gelegt, „weil hierfür in Anbetracht der dem Normalmenschen zuzutrauenden Geschäftserfahrung eine berechtigte Vermutung streitet"[2]). Hoeniger (S. 178) meint sogar, es liege in der Natur der gemischten Schenkung, daß die Frage, was nun eigentlich geschenkt sei, von den Parteien erörtert werde. Denn wenn anerkanntermaßen die Parteien überhaupt darüber einig sein müssen, daß etwas geschenkt sei, so würden sie sich wohl meist darüber geeinigt haben, was und wieviel geschenkt sei, weil Einigungen über unbestimmte Gegenstände doch etwas außerordentlich Seltenes seien. Der Wert des Gegenstandes könne auch hier unbedenklich Verwendung finden, da er ja nicht als Gegenstand der Schenkung ermittelt werden, sondern lediglich als Proportionalzahl in einer arithmetischen Gleichung dienen solle[3]).

[1]) Koeppen S. 27; Haymann S. 19.

[2]) Koeppen S. 28.

[3]) Weirauch S. 245. Planck (07 Bd. II § 516 Anm. 6) will dagegen für die Ermittlung der auf Kauf und Schenkung entfallenden ideellen Quote der Sachleistung immer nur allein den objektiven Wert entscheiden lassen. (So auch Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 530 und Staudinger Bd. II b § 516 Anm. 3 d.) Die Vertreter dieser Meinung schenken jedoch dem Willen der Parteien nicht genügend Beachtung, indem sie übersehen, daß wegen des in der gemischten Schenkung enthaltenen Kaufs niemals der objektive Wert, sondern immer nur die subjektive Vorstellung der Parteien von dem Wertverhältnisse entscheiden kann (so auch Koeppen S. 69), weil nur so der Beschenkte die Möglichkeit hat, neben der Schenkung auch noch einen vorteilhaften Kauf

Aus dem Verhältnis des auf die Schenkung entfallenden Wertes (a—b) zu dem gezahlten Preise (= b) ergibt sich der Umfang des Schenkungsmittels als durch einen ideellen Bruchteil bestimmt [1]; auf ihn finden dann die Regeln der Schenkung, auf den anderen, durch die Gegenleistung gedeckten ideellen Teil, die Regeln des Kaufs Anwendung [2]. Wenn z. B. der subjektive Wert a = 12 000 Mark, der für eine Sache gezahlte Kaufpreis b = 10 000 Mark beträgt, so ist das Verhältnis der beiden Vertragsbestandteile =

$$\frac{a - b}{b} = \frac{2000}{10000} = \frac{1}{5},$$

die Sache ist zu $^1/_6$ verschenkt, zu $^5/_6$ verkauft [3]. So stellt sich nach dieser Lehre die Sachleistung als 2 verschiedene, ihrem Inhalte nach bestimmbare Einzelleistungen dar; das „Geben" darf eben nicht als tatsächlicher Vorgang aufgefaßt und als „einfache" Leistung angesehen werden [4].

Auf Grund dieser Unterscheidung von Schenkung und Umsatzleistung kommt die herrschende Lehre dazu, die gemischte Schenkung als Doppelvertrag zu behandeln, von dem jeder Bestandteil eine besondere Leistung zum Inhalte hat.

4. Die beiden Gruppen innerhalb der Doppelvertragstheorie, die an sich große Aehnlichkeit zeigen, unterscheiden sich äußerlich dadurch, daß bei der Umsetzung des ganzen Gegenstandes

nach der Lammfrommschen Lehre ein Teil des dem angenommenen Werte entsprechenden Kaufpreises als schenkweise erlassen gelten soll,

nach der herrschenden Lehre eine Quote des Leistungsgegenstandes des freigebigen Teils als schenkweise zugewendet zu betrachten ist.

Dieser Umstand führt aber zu tiefgehenden Verschiedenheiten in den Einzelergebnissen. Hier sei nur folgendes hervorgehoben:

Vom Standpunkt der Lammfrommschen Theorie aus ist die Schenkung in ihrem Bestande notwendig abhängig von der Existenz des Kaufs; dieser erscheint im Verhältnis beider zueinander betrachtet, als das Hauptgeschäft, jene als das Nebengeschäft [5]. Wenn der Kauf von vornherein ungültig ist, oder nachträglich, z. B. infolge von Anfechtung oder Wandlung unwirksam wird, so fällt der Kaufpreis, also das Mittel der Schenkung,

zu schließen. Die andere Meinung würde letzten Endes dazu führen, daß in jedem Fall, in dem sich die beiderseitigen Leistungen nicht in ihrem Wert entsprechen, eine gemischte Schenkung zu erblicken sei (Matthes S. 41; Koeppen S. 69; Oertmann § 516 Anm. 8; Staudinger Bd. II S. 260; Crome § 230 S. 508 Anm. 43). Erst wenn die Parteien einen Wert für die Totalleistung des Veräußerers nicht bestimmt haben, ist ihr verkehrsmäßiger Wert einzusehen und danach das Verhältnis des geschenkten und des verkauften Anteils zu bestimmen. So ist in unserem Beispiel (§ 6 zu 2) der Schmuck zu $^6/_8$ als verkauft, zu $^1/_8$ als verschenkt anzusehen. Wäre er nicht, wie die Parteien annehmen, 12 000 Mark, sondern in Wirklichkeit 15 000 Mark wert, so würde bei Einsetzung des subjektiven Werts das Verhältnis nicht geändert, während nach Plancks Ansicht sich nunmehr die verkaufte Quote zur geschenkten wie 2 : 3 verhalten müßte (Matthes S. 41).

[1]) Koeppen S. 27.
[2]) Koeppen S. 52.
[3]) Weirauch S. 245.
[4]) Stammler S. 217, 218.
[5]) Lammfromm S. 136.

und damit diese selbst fort[1]). Umgekehrt wird der Kauf durch den Hinfall der Schenkung, z. B. wegen Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form, nicht berührt, da ja nach Lammfromms Anschauung die Parteiabsicht zunächst auf den Abschluß des Umsatzvertrages gerichtet ist, der zu einem höheren Preise zustande kommt, der Schenkungsgedanke aber nur gelegentlich und nebenher auftaucht. Beim Fortfall der Schenkung wäre dann der höhere Kaufpreis zu entrichten.

Im Sinne der herrschenden Meinung erscheinen Kauf und Schenkung nicht als Hauptgeschäft und angeschlossenes Nebengeschäft, sondern sie sind gleichwertige Bestandteile des einheitlichen Mischgeschäfts. Ist der eine Bestandteil von vornherein nichtig, z. B. die Schenkung wegen Formmangels, oder wird er später, z. B. infolge Widerrufs, unwirksam, so ist nach der Auslegungsregel der §§ 139, 142 B. G. B. grundsätzlich das ganze Rechtsgeschäft nichtig, mithin wird auch der Kauf hinfällig[2]). Ist jedoch anzunehmen, daß der Kauf auch ohne die Schenkung vorgenommen sein würde, was derjenige Vertragsteil zu behaupten und zu beweisen hat, welcher sich auf die Gültigkeit beruft, so muß er zu dem Preise aufrecht erhalten werden, welcher dem zugrundezulegenden höheren Werte der Sache entspricht.

5. Gegen diese hauptsächlich von Koeppen und Weirauch vertretene Theorie — die Lammfrommsche hat bereits oben (S. 20 fg.) ihre Kritik erfahren — erheben sich noch folgende Bedenken:

Wenn nach ihr die beiden ideellen Bruchteile eine verschiedene und gesonderte rechtliche Beurteilung erfahren sollen, so muß dies bei der Ungültigkeit der Schenkung zuerst einmal dazu führen, daß das Eigentum an der Sache nur zu demjenigen ideellen Teile auf den Empfänger übergeht, zu dem Kauf vorliegt, während es im übrigen beim Schenker-Veräußerer zurückbleibt[3]).

Hierin liegt der Fehler dieser Theorie: Von dem Verkäufer wird die Verschaffung der ganzen Sache versprochen, nicht aber die eines Miteigentumteiles. Sie verkennt, daß die quotenmäßige Teilung bei der gemischten Schenkung nicht in der Leistungszusage, sondern in dem Entgeltlichkeitstatbestande liegt und verlegt unrichtig die quotenmäßige Teilung in erstere[4]). Das entstehende Miteigentum muß folgerichtig auch dann angenommen werden, wenn die Schenkung nicht schon von Anfang an nichtig ist, sondern wenn deren Ungültigkeit etwa infolge Widerrufs erst später eintritt. In allen diesen Fällen würde es also erst einer Auseinandersetzung bedürfen, um die Gemeinschaft zwischen Geber und Empfänger wieder aufzuheben. Die Teilung hätte nach § 753 B. G. B. durch Verkauf des Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf und durch

[1]) Lammfromm S. 151; Milde S. 14.
[2]) Planck Bd. I Anm. zu § 139 S. 191 u. Anm. 2 zu § 142 S. 192; Crome Bd. II § 230 S. 511 Anm. 62.
[3]) Müller S. 217 und die dort in Anm. 15 angeführten Verweisungen.
[4]) Hoeniger S. 289.

Teilung des Erlöses zu erfolgen. Bei Grundstücken und Schiffen würde sogar das umständliche und zeitraubende Verfahren der Zwangsversteigerung einzuleiten sein[1]).

Schon allein diese Konsequenz, daß Miteigentum eintritt und Gemeinschaftsteilung erforderlich ist, genügt, um die praktische Unbrauchbarkeit auch dieser Ansicht darzutun[2]). So gibt denn auch Weirauch (S. 248) zu, daß dies „als ein nicht befriedigendes Ergebnis anzusehen sein dürfte". Er meint aber, man müsse dem Empfänger die Befugnis zusprechen, durch Zahlung des Betrages, der dem Werte der geschenkten Sachquote entspricht, das Eigentum an der ganzen Sache zu behalten. Damit folgt er den Ausführungen des Reichsgerichts[3]), das ebenfalls bei Widerruf dem Beschenkten die Wahl lassen will, „entweder beim Fortbestand des Geschäfts im übrigen den seine Gegenleistung übersteigenden Wert der Hauptleistung herauszugeben, oder das ganze Geschäft rückgängig zu machen". Damit ist jedoch die Theorie von der Trennung nach ideellen Teilen vollständig aufgegeben und das Ergebnis ist genau das gleiche wie das, zu dem Dernburg (oben § 6 zu 2 b) auf Grund seiner Ansicht gelangt. Hier wie dort zeigt sich also schon in dem einen Punkte der Ungültigkeit der Schenkung, daß die theoretisch wohl mögliche Zerlegung des Geschäfts in zwei gesonderte Teile sich praktisch unmöglich durchführen läßt[4]).

Dabei sei gleich noch auf einen anderen Punkt, nämlich auf die Frage nach der Gewährleistung für Mängel der Sache, hingewiesen, bei dem die Ansicht von der Teilung nach ideellen Quoten in unüberwindliche Schwierigkeiten geraten muß. Die Rechtsregeln der Mängelhaftung sind beim Kauf wesentlich andere als bei der Schenkung. Der Schenker haftet nur für arglistig verschwiegene Fehler und dann nur auf Schadenersatz (§ 524 Abs. 1 B. G. B.). Der Verkäufer dagegen ist für alle Fehler haftbar, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern" (§ 459 Abs. 1 B. G. B.); er haftet ferner für zugesicherte Eigenschaften (Abs. 2) und für arglistig verschwiegene Fehler (§ 463 B. G. B.). In allen Fällen hat der Käufer Anspruch auf Wandlung oder Minderung, in den beiden letztgenannten außerdem noch auf Schadensersatz (§§ 462, 463 B. G. B.). Da an ideellen Teilen keine Sachmängel haften, bleibt die Frage, die von den Anhängern dieser Theorie nicht beantwortet wird, offen[5]), nämlich welche Rechtsfolgen dann eintreten sollen, wenn die durch eine gemischte Schenkung veräußerte Sache einen Fehler hat, der ihre Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauche aufhebt, ohne daß der Veräußerer diesen Mangel arglistig verschwiegen hat.

[1]) Müller S. 218.
[2]) Mit derselben Ablehnung Goldschmidt S. 28, 29.
[3]) R. G. E. 29, 267; ebenso für das B. G. B. Cosack Lehrb. unter Anwendung des § 139.
[4]) Müller S. 218, 219.
[5]) Müller S. 219; Goldschmidt S. 29; Milde S. 89.

Wie man sich also auch immer den Gegenstand der Schenkung denken mag, ob als Preisnachlaß oder als ideelle Sachquote oder gar wie Oertmann (§ 516 Note 8) und Crome (Bd. II S. 508) wollen, bald als das eine und bald als das andere, in jedem Falle führt die Theorie von der Trennung des einheitlich geschlossenen Vertrags in zwei verschiedene Bestandteile zu Inkonsequenzen und zu unbefriedigenden, unpraktischen Ergebnissen, so daß man ihre Anwendung ablehnen muß [1]).

§ 7. Die gemischte Schenkung als einheitlicher Vertrag.

Genau wie Endemann [2]), namentlich an die soeben dargestellte Schwierigkeit bei der Mängelhaftung anknüpfend, sich von der Doppelvertragstheorie abgewendet hat und zu dem Ergebnis: „nur eine einheitliche Entscheidung ist brauchbar" gelangt ist, ohne sich jedoch darüber zu äußern, welche Gesichtspunkte für eine solche Auslegung maßgebend sein könnten, lehnen auch die Vertreter der sogen. Einheitstheorie die Zerlegung des Geschäfts in zwei gesonderte Teile ab und sind sich mit ihm und Schilling insofern einig, als sie nur eine einheitliche Behandlung für möglich halten [3]).

1. Nach Müller (S. 223), dessen Ausführungen bahnbrechend auf dem Gebiet der gemischten Schenkung gewirkt haben, ergibt sich die einheitliche Beurteilung aus der Einheit des Schuldverhältnisses, d. i. der besonderen rechtlichen Verbindung zweier Personen in der Weise, daß entweder die eine der anderen oder beide einander gegenseitig zu einem bestimmten rechtlichen Verhalten verpflichtet sind [4]). Dieses Verhalten kann sich in der Vornahme einer einzigen Handlung erschöpfen, das Schuldverhältnis kann aber auch gleichzeitig die Verpflichtung zur Vornahme einer größeren Anzahl einzelner Handlungen begründen. So ist z. B. bei dem auf eine gewisse Dauer berechneten Dienstverhältnis der Verpflichtete fortgesetzt zur Vornahme der Dienstleistung, der Berechtigte in bestimmten Zeiträumen zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet, so daß auf jeder Seite einer Reihe von Einzelverpflichtungen ebenso viele Einzelansprüche gegenüberstehen. Da das B. G. B. (§ 241) nun einen solchen Einzelanspruch ebenfalls als „Schuldverhältnis" bezeichnet, so hat — was ja nahe liegt — diese Zweideutigkeit des Ausdrucks zu Mißverständnissen geführt. Daher ist ganz besonders zu betonen, daß das auf einem gegenseitigen Vertrag beruhende Schuldverhältnis, wenn es auch eine Mehrheit von Einzelansprüchen erzeugt, dennoch keineswegs der Summe dieser einzelnen Schuldverhältnisse gleichzusetzen ist [5]), daß es vielmehr ein selbständiges rechtliches Gebilde, eine Einheit darstellt, und daß es insbesondere auch gegenüber den Einzelansprüchen ein

[1]) Abgelehnt auch von Müller S. 220; Goldschmidt S. 30 u. a.
[2]) Vergl. oben § 5 zu 3 S. 16.
[3]) Müller S. 223 fg.; Hoeniger S. 285; Schreiber S. 224; Goldschmidt S. 34; Milde S. 18 fg.
[4]) So Stammler S. 8; Litten S. 9, 10; Rehbein S. 10.
[5]) Müller S. 224.

selbständiges Schicksal führen kann[1]). So erlischt beispielsweise das für eine bestimmte Zeit eingegangene Dienstverhältnis als solches gemäß § 620 Abs. 1 B. G. B. mit dem Ablauf der Zeit. Trotzdem kann dasjenige Schuldverhältnis, welches durch den Anspruch des Dienstverpflichteten auf die Vergütung gebildet wird, also ein Einzelanspruch, noch weiter fortdauern, denn dieser erlischt erst gemäß § 362 Abs. 1 B. G. B. mit der Bewirkung der Leistung, bezw. mit dem Eintritt von Tatsachen, die vom Gesetz in ihrer Wirkung der Erfüllung gleichgestellt sind. So wird man auch unbedenklich einen Kaufvertrag annehmen, wenn eine Anzahl Möbel zu einem einheitlich bestimmten Preise veräußert werden, oder wenn ein Sukzessivlieferungsvertrag vorliegt. Dieser Einheit des Schuldverhältnisses tut es auch keinen Abbruch, daß die einheitlich bestimmte Leistung nicht teilbar ist. Das ist oft verkannt worden und das Hineintragen gerade dieses Moments der Teilbarkeit ist der Erkenntnis, daß hier nur ein Schuldverhältnis vorliegt, besonders hinderlich gewesen, wie die Doppelvertragstheorie zeigt. Der Begriff der Teilbarkeit kann bei der gemischten Schenkung wie bei jedem Schuldverhältnis höchstens insofern eine Rolle spielen, als das Schuldverhältnis sich möglicherweise in mehrere Teilobligationen spaltet, sobald an die Stelle des einen Gläubigers oder Schuldners später mehrere Berechtigte oder Verpflichtete treten. Daß aber auch dann die Teilbarkeit die Einheit des Schuldverhältnisses nicht berührt, ergibt sich klar aus den Bestimmungen des Gesetzes über Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern (§§ 420 fg. B. G. B.), bei denen das Schuldverhältnis scharf unterschieden wird von den durch die Teilbarkeit geschaffenen Einzelbeziehungen. Keinesfalls besteht sie aber in dem Sinne, daß man in dem Schuldverhältnis der gemischten Schenkung zwei Vertragsarten von einander sondern könnte[2]).

Müller (S. 224) wie Milde (S. 19) führen in gleicher Weise aus, daß man demgemäß also Vertrag, Schuldverhältnis und Anspruch streng von einander zu scheiden und daran festzuhalten habe, daß die gemischte Schenkung nur ein Schuldverhältnis enthält, obwohl — wie überhaupt bei Mischverträgen — mehrere Ansprüche vorhanden seien. Die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen Geber und Empfänger, das einheitliche Schuldverhältnis, beruhe auf demselben einheitlichen Entstehungsgrunde, diese Beziehungen hätten dieselbe einheitliche Leistung, die Zuwendung des einen individuell bestimmten Gegenstandes, zur Voraussetzung und nur wegen dieser Leistung allein sei die rechtliche Verbindung zwischen diesen beiden Personen entstanden[3]).

2. Auch Hoeniger (S. 69 fg.) faßt die gemischte Schenkung als einheitlichen Vertrag, einen contractus sui generis, auf, weicht aber sehr stark von allen bisherigen Theorien ab. Er führt aus: Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit mögen

[1]) Stammler S. 215 fg.; Liften S. 11.
[2]) Milde S. 19.
[3]) Müller S. 225, 226.

zunächst als derart begriffliche Gegensätze erscheinen, daß man versucht sei, ein Geschäft entweder als entgeltliches oder als unentgeltliches aufzufassen. Es bestehe aber kein Zweifel, daß man eine Sache zum Teil unentgeltlich, zum Teil entgeltlich veräußern könne. Dies gehe schon aus der Lehre vom negotium mixtum cum donatione und aus dem landläufigen Ausdruck „halb geschenkt" hervor. Zwischen den beiden Extremen, Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit, seien unzählige Zwischenstufen denkbar, die alle als Kombinationen der extremen Tatbestandsstücke erschienen. Diese Erkenntnis sei insofern bedeutsam, als man nicht mehr — wie bisher als ganz selbstverständlich geschehen — bei den Erörterungen alle Fälle der gemischten Schenkung ohne Rücksicht auf das Maß und das Verhältnis der Mischung von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit ganz gleich beurteilen könne. Denn man könne sich

(1.) eine wandelbare und sich abstufende Art der Kombinierung der Rechtsfolgen zunächst schon in der einfachen Weise denken, daß je näher der gemischte Vertrag dem Kaufe stehe und je weiter er sich von der Schenkung, dem anderen Extrem, entferne, auch desto mehr Regeln des Kaufs und desto weniger der Schenkung zur Anwendung kämen und umgekehrt. In dem kombinierten Normenkreis würden bei dieser Art der sich abstufenden Kombination der Rechtsfolgen bald die Kaufregeln und bald die Schenkungsnormen überwiegen, je nachdem das Geschäft dem einen oder dem anderen extremen Falle näher stehe.

(2.) Aber noch nach einer zweiten und erheblich bedeutsameren Richtung lasse sich eine solche differenzierte Beurteilung denken. Die Normenkombination könne sich der (unter 1 erörterten) Tatbestandkombination Schritt für Schritt anpassen und es sei doch denkbar, daß für die Tatbestände der Entgeltlichkeit und der Unentgeltlichkeit, als extreme Endpunkte einer fortlaufenden Reihe, Rechtsfolgen angeordnet seien, die in einem ähnlichen Verhältnis zueinander ständen, also ebenso Endglieder einer zusammenhängender Kette sich kontinuierlich abstufender Rechtswirkungen seien.

Nach Hoenigers Auffassung (S. 172)

gibt es tatsächlich unter den für Kauf und Schenkung angeordneten Rechtsfolgen solche, die sich in stetiger Abstufung wie die Tatbestände selbst von der einen extremen Rechtsfolge zu der anderen führen lassen,

ist tatsächlich auf jede Zwischenstufe der Tatbestände genau die entsprechende Zwischenstufe der Rechtsfolgen anwendbar.

Er erläutert dies an folgendem Beispiel: Der Verkäufer haftet für culpa levis, der Schenker für culpa lata (§ 521 B. G. B.). Leichte und schwere Fahrlässigkeit seien genau so Endglieder einer zusammenhängenden Kette wie die Entgeltlichkeit und die Unentgeltlichkeit. Zwischen den vom Gesetz besonders herausgehobenen Endpunkten bewege sich eine stetige Reihe; die culpa levis sei gewissermaßen der Nullpunkt. Was nicht mehr als

leichte Fahrlässigkeit angesehen werden könne, sei nach unserem Recht gar keine Fahrlässigkeit. Der Fall der culpa lata hingegen bilde nicht den Endpunkt, vielmehr gebe es ein noch viel höheres Maß von culpa als dasjenige, welches zur Begründung der groben Fahrlässigkeit im Sinne des B. G. B. genüge. Jeweils eine der zahlreichen Zwischenstufen zwischen culpa lata und culpa levis entspreche nun genau einer Zwischenstufe zwischen dem Extrem der Entgeltlichkeit und dem Extrem der Unentgeltlichkeit. Lasse man jetzt gerade bei dieser genau entsprechenden Culpastufe die Haftung beginnen, so ergebe sich eine solche differenzierte Beurteilung, die den einzelnen Abstufungen der Tatbestandskombination genau zu folgen vermöge.

a) Dieser Gedankengang ist auf den ersten Blick bestechend; im Grunde enthält er aber nichts als die Auffassung, daß eine Reihe von „unendlich viel" bis „nichts" herabsteigt, obwohl beide Begriffe stets Gegensätze bleiben müssen [1]). Der Vergleich der beiden Reihen Entgeltlichkeit bis Unentgeltlichkeit auf der einen Seite und Haftung für grobe bis zur Haftung für leichte Fahrlässigkeit auf der anderen ist jedoch verfehlt. Von leichter zu grober Fahrlässigkeit gelangt man allerdings durch ununterbrochene Steigerung der Unachtsamkeit, auch begründet im geringsten Maß vorhanden, die Unachtsamkeit vielleicht noch nicht einmal leichte, im stärksten Maße dagegen grobe Fahrlässigkeit. Die „Vorstellung von der Abstufbarkeit der Culpahaftung" ist somit also eine durchaus gerechtfertigte, denn man kann wohl „sehr" oder nur „ein wenig" fahrlässig sein; jedoch fehlt ein solcher Grundtatbestand, der durch seine eigene Steigerung von der Unentgeltlichkeit zur Entgeltlichkeit führt, weil man eine Sache nicht „sehr unentgeltlich" oder nur „ein wenig unentgeltlich" geben kann. Hoenigers Schlußfolgerung ist also ein Trugschluß, der dadurch hervorgerufen worden ist, daß er die beiden Gegensätze Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit sich in dieselbe Handlung teilen läßt, „sie sich — nach seiner Meinung — auf sie gewissermaßen als Wertverhältnis projizieren können". Nur weil das Wertverhältnis veränderlich ist, ruft es die Täuschung einer Uebergangsreihe hervor. Genau so wenig wie man aber eine Fläche dunkelgrau nennt, wenn sie zu $^1/_{10}$ weiß und zu $^9/_{10}$ schwarz angestrichen ist, oder wie man Oel durch Daraufgießen von Wasser verdünnt, genau so wenig ändert sich der Tatbestand der Unentgeltlichkeit dadurch, daß man sich einen Wertteil des sonst unentgeltlich gegebenen Gegenstandes bezahlen läßt. Noch eine weitere Ueberlegung mag diese Behauptung stützen: Es verkauft jemand ein Pferd für 15 000 Mark; weil der Verkäufer mit dem Käufer befreundet ist und es jenem darauf ankommt, daß sein Pferd gut behandelt wird, läßt er es ihm für 12 000 Mark. Diese teilweise Unentgeltlichkeit, über die sich die Parteien ja auch einig sein können, kann der Verkäufer beliebig bis zur vollen Unentgeltlichkeit steigern; man gelangt so zum unentgeltlichen Kauf.

[1]) Schreiber S. 184; Oertmann Entg. Gesch. S. 1.

Das Ergebnis ist zwingend, aber offenbar sinnlos. Da sonach die Voraussetzung falsch ist, hat es bei der alten Auffassung sein Bewenden, nämlich daß Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit begriffliche Gegensätze sind, ohne jede Brücke, die von einem zum andern führt[1]).

b) Selbst wenn aber unbeachtet bleibt, daß die Auffassung von der Reihe, die ununterbrochen von der Entgeltlichkeit zur Unentgeltlichkeit führt, anderen Reihen, wie z. B. der von der leichten zur groben Fahrlässigkeit, entspricht, an sich verfehlt ist, so muß weiterhin gefragt werden, ob diese Theorie — deren Richtigkeit hier unterstellt wird — zu brauchbaren Ergebnissen führt. Hoeniger will nicht nur die Vorschriften über den Haftungsgrad, sondern auch die über die Erheblichkeit der zu vertretenden Mängel (S. 298), über die Größe des Undanks, der ein Widerrufsrecht begründet (S. 309 fg.), ja sogar den Umfang des zu ersetzenden Schadens je nach dem Grade der vorhandenen Entgeltlichkeit abstufen (S. 299 fg.). Obwohl es schon mißlich ist, daß ein Richter beurteilen soll, ob etwa jemand grob fahrlässig oder nur leicht fahrlässig gehandelt hat, und noch viel schwieriger, ob denn überhaupt die Abstimmung einer bestimmten Stufe von Fahrlässigkeit mit einer bestimmten Stufe von Entgeltlichkeit möglich ist, so mag hier nur betont werden, daß, wenn eine solche Abstufung nicht durchführbar ist, durch Hoenigers Theorie die Rechtsprechung nicht mehr auf Urteile gestützt, sondern auf willkürliche Entscheidungen verwiesen wird. Da das Recht sich nicht mit ausgeklügelten Unterscheidungen beschäftigt, sondern mit dem praktischen Leben, soweit es der Beurteilung durch Menschen zugänglich ist, so scheint die Frage nicht unberechtigt, ob es Zwischenstufen zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit im Rechtssinne überhaupt gibt. Man kann zwar noch feststellen, ob eine bestimmte Handlungsweise weit von der Grenze zur groben Fahrlässigkeit oder nahe an ihr liegt, die Möglichkeit aber, eine zutreffende verhältnismäßige Wertung dieser Entfernungen vornehmen zu können, dürfte mit Fug bezweifelt werden[2]).

Hoeniger (S. 173 fg.) sieht dergleichen Einwendungen voraus und verweist zur Stützung seiner Theorie auf § 254 B. G. B. Er führt an (S. 174), hier müsse, da sich beide Teile sowohl der leichten wie der schweren Fahrlässigkeit schuldig gemacht haben könnten, die Abwägung der Verschuldungsfrage jeweils innerhalb des begrenzten Gebiets entweder der culpa lata oder der culpa levis stattfinden können. Ferner sei im Strafrecht die Abstufbarkeit der Fahrlässigkeit gang und gäbe; unser Recht kenne also die abgestufte Culpahaftung, weshalb der Einwand der Undurchführbarkeit gegen seine Theorie nicht zu erheben sei. Dem Richter werde bei der Ermittlung des den Tatbestandskombinationen entsprechenden Culpagrades keine schwere Aufgabe zugemutet, als

[1]) Schreiber S. 185, 186.
[2]) Schreiber S. 204, 205.

wenn er unter den sehr zahlreichen Strafmöglichkeiten die dem Fahrlässigkeitsgrade des Delinquenten entsprechende Strafe feststellen solle. Bei der Culpakompensation des § 254 B. G. B. und auch bei der Feststellung der auf jeden einzelnen solidarisch haftenden Entleiher einer während der Leihe beschädigten Sache fallenden Regreßquote müsse der Richter sogar eine ziffernmäßige Abschätzung vornehmen.

Beide Verweisungen sind aber nicht stichhaltig, denn bei § 254 B. G. B. handelt es sich um eine ganz andere Tätigkeit, nämlich um die Vergleichung zweier schuldhafter Verursachungen desselben Schadens. Es sollen also nicht absolute Schuldgrößen gemessen werden, sondern vielmehr nur zwei bekannte in ihrem Größenverhältnis zueinander abgewogen werden. Bei der Bemessung des Strafmaßes aber spielt eine ganze Reihe anderer Momente mit, als nur der Grad der bewiesenen Fahrlässigkeit, z. B. persönliche Verhältnisse des Angeklagten, Vorstrafen und manches andere. Von einer auch nur annähernd ziffernmäßigen Feststellung der Fahrlässigkeit ist hier also gar keine Rede, und zudem ist der Spielraum, innerhalb dessen sich das richterliche Werturteil betätigen kann, durch das festgesetzte Höchst- und Mindestmaß ausreichend eingeschränkt [1]).

c) Von all dem sei hier abgesehen, Hoenigers Vorschläge bewähren sich auch ohne die bisher vorgebrachten Bedenken nicht in ihrer Anwendung auf praktische Fälle. Zur Deutlichkeit ein Beispiel [2]):

Jemand hat in zwei notariellen Verträgen derselben Person je ein Grundstück geschenkt, deren eines 37 500 Mark, das andere 75 000 Mark wert ist. In dem Vertrage über letzteres ist aber festgesetzt, daß der Beschenkte es mit 37 500 Mark, also zur Hälfte, bezahlen soll. Nun gibt der Beschenkte durch Undank einen Grund zum Widerruf gemäß § 530 B. G. B.

Nach Hoenigers Theorie müßte der Undank für den Widerruf der zweiten Schenkung erheblich gröber sein, als für den ersten. Nimmt man nun an, daß er nur zum Widerruf der reinen Schenkung, nicht aber der gemischten ausreicht, dann ergibt sich das eigentümliche Resultat, daß jemand einem andren zwei Schenkungen gleichen Wertes gemacht hat und daß er auf Grund desselben Tatbestandes die eine Schenkung widerrufen kann, die andere aber nicht. Diese nach Hoenigers Lehre folgerichtige Entscheidung steht im gröbsten Widerspruch zum Rechtsbewußtsein und erweist sich im höchsten Grade sachwidrig [3]).

Hat nun aber weiter der Schenker eine bestimmte Größe beider Grundstücke zugesichert, dann haftet er für diese Zusicherung nach Kaufrecht gemäß §§ 468, 463 B. G. B. ohne weiteres auf Schadensersatz, nach Schenkungsrecht dagegen haftet er gemäß § 524 nur, wenn er den Mangel arglistig verschweigt. Hier läßt Hoenigers Abstufung einfach im Stich, weil es von der Haftung

[1]) Schreiber S. 205, 206.
[2]) das sich ähnlich auch bei Enneccerus Bd. I 2 § 347 Anm. 7 S. 369 findet.
[3]) Schreiber S. 206, 207.

für eine Eigenschaft ohne Verschulden bis zur Haftung für Arglist schlechterdings keine Reihe gibt. Hoeniger scheint diesen Umstand zu übersehen, da er auch hierfür von einem „abgestuften Maße der Verschuldung" spricht (S. 303), obwohl zwischen selbst gröbster Fahrlässigkeit und Vorsatz jede Brücke fehlt. Der Vorsatz ist eben im Vergleich zur Fahrlässigkeit nicht ein höheres Maß, sondern eine vollkommen andere Art des Verschuldens [1]).

Dasselbe Ergebnis zeitigt ein Vergleich der gewöhnlichen Mängelhaftung auf Wandlung und Minderung beim Kauf mit der Haftung für Arglist bei der Schenkung. Alle diese Fälle sind also selbst vom Standpunkt Hoenigers aus anders zu behandeln, als nach der Theorie der Abstufung. Wenn man sich nun gar noch vorstellt, daß sich in demselben Prozesse um ein halbgeschenktes Grundstück die Widerrufsklage aus § 531 Abs. 2 und eine Schadensersatzklage des Beschenkten gegenüberstehen, so müßte das Gericht nun wegen des Widerrufs abstufen, wegen des Schadensersatzes aber irgendein anderes Verfahren suchen. Dies ist aber wohl doch ein ganz unzulässiges Ergebnis [1]).

Aus allen diesen Gründen kann die von Hoeniger selbst so genannte „Kombinationstheorie" nicht zum Ziele führen. Sie zeitigt — selbst wenn man von der außerordentlichen Schwierigkeit der Ausführung absehen wollte — ganz unannehmbare Ergebnisse und ist daher, obwohl sie die Einheitlichkeit des Vertrages betont und durchführt, als gänzlich abwegig abzulehnen [2]).

3. Goldschmidt (S. 34) meint in Anlehnung an die Müllerschen Ausführungen gleichfalls, die gemischte Schenkung könne nur als einheitlicher Vertrag angesehen werden. Wenn auch die Sachleistung des freigebigen Vertragsteils ihrem ganzen Gegenstande nach nicht sowohl das Mittel der Schenkung wie auch des Umsatzvertrages sein könne, vielmehr in ihr zu gewissen Quoten Kaufleistung und Schenkungsleistung enthalten seien, also zwei verschiedene Leistungen, deren jede ihrem Vertragsinhalte nach bestimmt werden könne, so folge doch aus dieser Annahme zweier Leistungen noch nicht, daß auch hier zwei Schuldverhältnisse zwischen Geber und Empfänger beständen und daß jede der Leistungen Inhalt eines besonderen Vertrags zwischen den Parteien sei. Auch nach seiner Lehre stehen beide Leistungen zueinander in so enger Beziehung, daß sie nach außen als ein tatsächlicher Vorgang, als ein Geben, erscheinen: beide sind auf Befriedigung eines und desselben Bedürfnisses gerichtet, das sich in einer einheitlichen Sache verkörpert und beide dienen demselben Zweck. Diese Einheit des Zweckes neben der Identität der Personen und des Entstehungsgrundes zwinge daher trotz der Mehrheit der Leistungen zur Individualisierung des Schuldverhältnisses [3]), weshalb die Gesamtleistung der durch den Geschäftsakt begründeten Rechtsbeziehungen zwischen Geber und

[1]) Schreiber S. 207.
[2]) So auch Schreiber S. 208; Enneccerus Bd. I 2 § 369 Anm. 7 S. 369; Oertmann Enf. Gesch. S. 1.
[3]) Liften S. 12; Hartmann S. 147, 159.

Empfänger als ein einheitliches Schuldverhältnis angesehen werden müsse. Diese Einheit bedeute zugleich die Einheit des aus Kauf und Schenkung gemischten Rechtsgeschäfts der gemischten Schenkung.

In ähnlichem Sinne über das Wesen der gemischten Schenkung hat sich auch Planck geäußert[1]), der die gemischte Schenkung bei Untrennbarkeit des Gegenstandes als ein eigenartiges Rechtsgeschäft gemischter Natur behandeln will, das in gewissen Beziehungen ganz nach Schenkungs-, in anderen ganz nach Kaufgrundsätzen zu behandeln sei.

Aehnlich sagt auch neuerdings das Reichsgericht[2]) entgegen seiner früheren Auffassung in einem Falle, wo eine Fabrik im Werte von 100 000 Mark für 50 000 Mark verkauft worden war: „aber diese gemischte Schenkung ist nicht so zu verstehen, daß neben einem Kaufvertrage von 100 000 Mark der schenkweise Erlaß der Hälfte der Kaufpreisforderung vereinbart worden ist, und ebensowenig dahin, daß neben einem Kaufvertrage über eine ideelle Grundstückshälfte zum Preise von 50 000 Mark eine Schenkung verabredet worden ist, die die andere Grundstückshälfte betraf. Vielmehr handelt es sich um ein einheitliches, nicht in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil zerlegbares Geschäft, durch das sich der Beklagte verpflichtet hat, ein Grundstück schenkungshalber zu einem im Einverständnis beider Parteien zu niedrig bemessenen Kaufpreise zu übertragen."

Dieselbe Ansicht vertreten auch Oertmann (§ 516 Anm. 8c), Milde (S. 21) und Staudinger (§ 516 S. 797).

3. § 8. Die hier vertretene Ansicht.

1. Die Theorie, die in der gemischten Schenkung einen einheitlichen Vertrag sieht, erscheint nach all dem Gesagten, insbesondere im Vergleich zu den übrigen (oben in §§ 5 und 6 behandelten) Ansichten durchaus brauchbar. Ehe man aber die Einheitstheorie mit allen ihren Folgen auf den Einzelfall anwendet, ist eine Prüfung der Parteivereinbarungen durchzuführen. Denn genau so wie die Notwendigkeit, einen gemischten Vertrag in seine Bestandteile zu zerlegen, um seinen rechtlichen Inhalt klar zu erkennen, leicht dazu führt, die Vertragselemente nun auch als juristische Sonderexistenzen zu behandeln (als Kauf und Schenkung) — wie das die Vertreter der Doppelvertragstheorie tun — läuft man andererseits bei einem solchen Geschäft Gefahr, die Einheit des Vertrags ohne zwingende Notwendigkeit anzuerkennen. Dies entspricht dann nicht der Parteiabsicht, und man würde mit der erzwungenen Behandlungsweise in ganz unzulässiger Weise die Vertragsfreiheit im Schuldrecht einschränken[3]).

Darum ist, wenn eine gemischte Schenkung vorzuliegen scheint, die Frage aufzuwerfen, ob man den Vertrag gerade in diesem Falle als rechtliche Einheit ansehen kann. Diese Frage,

[1]) 07 Bd. II § 516 Anm. 6.
[2]) Bd. 101 S. 99 fg.
[3]) Schreiber S. 112, 115.

wann sie vorliegt hat vor allem Regelsberger (S. 453) von allgemeinen Gesichtspunkten aus behandelt. Seine Ausführungen sind in die allgemeine Literatur des Bürgerlichen Rechts übergegangen[1]) und ihr Standpunkt läßt sich etwa folgendermaßen präzisieren: wenn sich auch eine allgemeine Regel nicht geben läßt und immer betont werden muß, daß nur dann eine Einheit vorhanden ist, wenn die Parteien eine solche gewollt haben, so ist doch dieser Parteiwille allein zur Herstellung der Einheit noch nicht ausreichend, vielmehr bedarf es dazu noch eines wirtschaftlichen Zusammenhanges.

Zu seinen Ausführungen, die sich an einen Vergleich mit der Zubehöreigenschaft anlehnen, sei lediglich bemerkt, daß die hier zur Erörterung stehende Frage, ob eine Einheit oder eine Mehrheit von Verträgen vorliegt, mit sachenrechtlichen Gesichtspunkten nichts zu tun hat, sondern durchaus dem Schuldrecht und damit der Herrschaft des Parteiwillens angehört. Ferner muß die in der obigen Präzisierung aufgestellte Forderung eines wirtschaftlichen Zusammenhanges mit Schreiber (S. 115) dahin eingeschränkt werden, daß die Parteien an der gewollten Einheit des Vertrages auch ein schutzwürdiges Interesse haben müssen. Letzteres ist meist in dem wirtschaftlichen Zusammenhang der Vertragsteile begründet, weshalb zum Vorliegen eines einheitlichen Vertrags ein so enger Zusammenhang erforderlich ist, daß sich aus ihm noch ein Interesse an der Einheit des Vertrages herleiten kann.

Die Schwierigkeit der Beurteilung des Einzelfalls liegt nun darin, daß die Parteien ihren Willen, einen einheitlichen Vertrag oder mehrere selbständige Verträge zu schließen, nicht ausdrücklich zu äußern pflegen, dieser vielmehr nur indirekt und undeutlich zum Ausdruck kommt. Da jeder Fall anders gelagert ist, lassen sich keine allgemeinen Regeln darüber geben, wann die entsprechenden Erklärungen vorhanden sind und zwar vor allem deshalb nicht, weil sich der Wille der Parteien meist nur mit dem wirtschaftlichen, nicht aber auch mit dem rechtlichen Zusammenhang befaßt. Da es aber auch nicht Aufgabe der Parteien ist, den rechtlich adäquaten Ausdruck für das wirtschaftlich Gewollte und demgemäß Erklärte zu finden, so bleibt dies allein Aufgabe des Richters. Er wird also, wenn die Parteien ihren Willen so erklären, daß er als tatsächliche und wirtschaftliche Einheit und ihr Interesse daran nachgewiesen erscheint, diesen Umständen bei der rechtlichen Beurteilung Rechnung tragen, indem er die Einheit auch einheitlich behandelt[2]).

2. Wirft man nun die viel umstrittene Frage auf, was wohl nach der Einheitstheorie der Gegenstand der gemischten Schenkung sei, so geht schon aus den oben angestellten Erwägungen (§ 6 unter 4) hervor, daß es weder ein Teil des Wertes noch des Leistungsgegenstandes sein kann und wenn Enneccerus[3]) die

[1]) Staudinger § 305 Anm. 5.
[2]) Schreiber S. 116.
[3]) Bd. I,2 § 347 Anm. 4 S. 308.

Frage dahin beantwortet, daß der Abschluß des Kaufes zu geringerem Preise geschenkt sei, so widerspricht dies schon dem Wesen der reinen Schenkung, bei der ein Gegenstand geschenkt, nicht aber ein Vermögenserwerb unterlassen wird (§ 517 B. G. B.). Da sonstige Anhaltspunkte nicht vorhanden sind, muß man folgern, daß es bei der gemischten Schenkung nur einen Gegenstand der ganzen Leistungsverpflichtung, des contractus sui generis, nicht aber auch einen Gegenstand der Schenkung, die ja nur eine in dieser Leistungsverpflichtung enthaltene Vertragsart ist [1]).

3. Wenn nun auch die gemischte Schenkung im besonderen Teil der Schuldverhältnisse des B. G. B. keine ausdrückliche Regelung erfahren hat, so ist dies rein äußerlicher Natur und ohne Bedeutung für die Erkenntnis des wahren Vertragscharakters. Denn die Aufzählung der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B. soll ja, wie schon oben (§ 1 zu 1 und § 5 zu 4) erwähnt, keineswegs eine erschöpfende sein, so daß etwa nur die ausdrücklich erwähnten Verträge ein Schuldverhältnis begründen könnten [2]). Hierfür spricht auch die Ueberschrift des 7. Abschnitts des zweiten Buches, der „Einzelne Schuldverhältnisse", nicht aber „Die einzelnen Schuldverhältnisse" lautet [3]) und ferner die Erwägung, daß die rastlos fortschreitende Entwicklung des Verkehrs stetig neue Formen entstehen läßt, die sich nicht in ein altes Schema einzwängen lassen. Gerade deshalb stellt das B. G. B. nur für gewisse Typen von Geschäften, in denen sich üblicherweise der Rechtsverkehr zu bewegen pflegt und für die sich bereits feste Formen gebildet haben, bestimmte Vorschriften auf, damit beim Fehlen besonderer Parteivereinbarungen allgemein gültige Regeln vorhanden sind. Wird jedoch ein Vertrag geschlossen, der sich nicht unter diese Normaltypen bringen läßt, so ist er erst dann rechtsunwirksam, wenn er die für alle Rechtsgeschäfte übereinstimmend gezogenen Grenzen der Vertragsfreiheit überschreitet [4]). Hält er sich jedoch innerhalb dieser Grenzen, so gilt für die rechtliche Beurteilung der gegenseitigen Beziehungen unter den Parteien in erster Linie die Parteivereinbarung, und fehlt es an einer solchen, so ist der Vertrag nach Analogie verwandter Verträge, wobei bei Normenkollusion die dem Vertragszweck entsprechende Norm den Ausschlag gibt, und nach den allgemeinen Grundsätzen über obligatorische Verträge zu behandeln [5]).

Eine solche Kombination von Vorschriften, die zum Teil diesem, zum Teil jenem Vertragstypus entnommen sind, wird vom B. G. B. selbst in einigen Fällen vorgenommen, und ist deshalb nichts Außergewöhnliches. So bestimmt § 651 Satz 2 daß, wenn der Unternehmer sich zur Herstellung einer nicht vertretbaren Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff ver-

[1]) Milde S. 20.
[2]) Planck Bd. II Vorbem. II S. 5; Oertmann S. 152; Crome S. 25, 397; Endemann S. 907.
[3]) Windscheid-Kipp S. 8.
[4]) Planck Bd. II Vorbem. II S. 6; Neumann Bd. I S. 217; bedenklich Endemann Bd. I S. 909.
[5]) Enneccerus Bd. I,2 S. 585; Goldschmidt S. 34; Milde S. 21; ähnlich Oertmann Ent. Gesch. S. 152.

pflichtet, zum Teil die Vorschriften über den Kauf, zum Teil die über den Werkvertrag Anwendung finden sollen. Einen ähnlichen Fall stellt § 675 dar, der auf den Dienst- oder Werkvertrag der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, eine Anzahl von Vorschriften über den Auftrag für entsprechend anwendbar erklärt.

Durch diese gesetzlichen Beispiele ist der Weg für die rechtliche Behandlung der gemischten Schenkung gewiesen, bei der ja das Verhältnis ähnlich dem beim Werklieferungsvertrage ist: bei letztem schließen sich als zwei verschiedene Elemente Kauf und Werkvertrag, bei der ersten Kauf und Schenkung zu einer Einheit zusammen. Wie beim Werklieferungsvertrag die Einheitlichkeit der Entscheidung nicht dadurch erreicht werden soll, daß man nur das eine der beiden Elemente einseitig betont, so ist die Einheitlichkeit bei der gemischten Schenkung auch nur dadurch zu erreichen, daß man durch eine Kombination von Kauf- und Schenkungsregeln beide Elemente berücksichtigt[1]).

Die Frage bei der gemischten Schenkung ist demnach die, in welchen Punkten das Moment des Entgelts überwiegt und dadurch die Analogie des Kaufs bedingt, und in welchen Beziehungen das Moment der Unentgeltlichkeit stärker hervortritt und damit zur entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Schenkung führt. Widersprechen sich diese Vorschriften, so gibt der Zweck des Vertrages, das von den Parteien wirtschaftlich Gewollte, den Ausschlag[2]). In dieser Weise lassen sich für den Einzelfall der gemischten Schenkung allgemeingültige Regeln aufstellen: man hat für jeden einzelnen im B. G. B. normierten Rechtssatz nachzuprüfen, ob er nach Interessenlage und Geschäftszweck auch in dem zu beurteilenden Falle Geltung hat, und hat ihn bejahendenfalls als Beispiel, als Wegweiser zu benutzen[3]). Nach diesem Grundsatz soll im folgenden verfahren werden.

B. Besonderer Teil.

I. § 9. Die Anwendbarkeit der Kaufvorschriften.

Ausgehend von dem schon mehrfach angeführten Beispiel der gemischten Schenkung, daß K. von V. einen Schmuck, dessen Wert die Parteien auf 12 000 Mark annehmen, schenkungshalber für 6000 Mark, also „halb geschenkt" kauft, sind nunmehr die praktischen Ergebnisse aus dem genannten Grundsatz zu folgern, wobei sie auf ihre praktische Brauchbarkeit geprüft und mit denen der übrigen Lehrmeinungen verglichen werden sollen.

Die Normenkollusion vollzieht sich bei einem Teil der Rechtsfolgen zunächst in der einfachen Weise, daß eine Reihe derselben

[1]) Diese Konstruktion findet sich zuers. nur bei Burckhardt S. 35 angedeutet, ihr folgen heute auch Goldschmidt S. 13 fg.; Milde S. 21 und Schreiber S. 209, der im übrigen aber auf dem Boden der Koeppenschen Theorie steht.
[2]) Goldschmidt S. 14; Milde S. 21.
[3]) Schreiber S. 212, 216.

ohne weiteres nebeneinander treten. So hat denn im obigen Beispiel V. gemäß § 433 dem K. den Schmuck zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen; K. seinerseits hat den vereinbarten, wenn auch nur teilweise das Entgelt bildenden Kaufpreis zu zahlen und dem V. den Schmuck abzunehmen.

Daß V., wie § 434 vorschreibt, die Verpflichtung hat, dem K. die Kaufsache frei von Rechten zu verschaffen, dürfte gleichfalls unbedenklich sein, nur fragt es sich, ob K. — falls V. diese Pflicht verletzt — auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Die Lösung dieser Frage soll aus praktischen Gründen erst weiter unten (§ 10) vorgenommen werden.

Bei Grundstückskäufen gelten die §§ 435 und 436 und beim Verkauf einer Forderung die §§ 437, 438 auch dann, wenn keine reine, sondern eine gemischte Schenkung vorliegt, genau so wie eine vorhergehende Gewährleistungsbeschränkung gemäß §§ 443, 476 nichtig ist, wenn dem V. Arglist zur Last fällt. Denn er würde sogar als Schenker für arglistiges Verschweigen haftbar sein, wie ein Vergleich mit § 523, bezw. 524 Abs. 2 Satz 2 lehrt. Ebenso ist kein Grund erfindlich, weshalb man die Vorschrift des § 444 über die Auskunftspflicht des Verkäufers, der §§ 448, 449 über die Regelung der Kosten bei der Uebergabe, bezw. der Auflassung und Eintragung ins Grundbuch, sowie der §§ 446 und 447 bezüglich des Gefahrübergangs und der Versendung mangels anderer Parteivereinbarung nicht auch auf die gemischte Schenkung anwenden sollte.

Desgleichen wird man auch dem Verkäufer = Schenker einen Anspruch auf Rückerstattung der auf die Kaufsache gemachten Verwendungen (§ 450) zuerkennen und dem Käufer die Verzinsungspflicht bei nicht rechtzeitiger Zahlung des sowieso schon gering bemessenen Kaufpreises auferlegen müssen (§ 452). Die §§ 453 bis 458 enthalten gleichfalls nur Vorschriften, die auch bei einer gemischten Schenkung maßgebend sein müssen, und daß im übrigen die §§ 441, 442, 464, 477—514, die ja das behandelte Problem weiter nicht betreffen, auch bei der gemischten Schenkung Anwendung finden, dürfte keinem Bedenken unterliegen.

§ 10. Die Haftung für Rechts- und Sachmängel.

Das Problem der gemischten Schenkung tritt erst dann hervor, wenn der halbgeschenkten Sache ein Rechts- oder ein Sachmangel anhaftet, weil dann Kauf- und Schenkungsvorschriften nicht mehr nebeneinander treten, sondern kollidieren.

1. Gemäß §§ 521 fg. haftet nämlich der Schenker nur für grobe Fahrlässigkeit, Vorsatz und insbesondere für Arglist (§§ 523, 524), also außerordentlich milde im Vergleich zu dem Schuldner bei entgeltlichen Umsatzgeschäften (§§ 440, 459, 460), der jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 276). Die erstgenannten milderen gesetzlichen Bestimmungen lassen sich lediglich durch den Mangel jeglichen Entgelts erklären[1]), wie sich aus den §§ 445,

[1]) So auch Goldschmidt S. 58.

493 ergibt. Denn nach diesen sollen die strengeren Vorschriften über die Haftung beim Kauf auch auf Verträge Anwendung finden, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind[1]). Verbindet sich nun die Schenkung mit einem entgeltlichen Vertrag und tritt demzufolge Normenkollision ein, so ist — wie schon oben (S. 40) dargetan — diejenige Vorschrift anzuwenden, die dem Zwecke des Vertrages am meisten entspricht. Wenn auch der Zweck des aus Schenkung und entgeltlichem Vertrag gemischten Geschäfts nicht in der Erlangung eines Entgelts besteht, so erhält doch bei der gemischten Schenkung der Geber ebenfalls eine — wenn auch nicht vollwertige — Gegenleistung, weil er ja seine Leistung, die Hingabe der Sache, nur gegen das Versprechen einer Vergütung übernehmen will. Aus diesem Grunde können die für die reine Schenkung maßgebenden milderen Rechtssätze nicht Platz greifen, weil sie eben dem Vertragszweck nicht entsprechen und nur beim Mangel jeglichen Entgelts gerechtfertigt wären. Es müssen vielmehr hier, wo es sich um die Verpflichtung des Verkäufers = Schenkers handelt, die schärferen Haftungsbestimmungen des Kaufs sowohl für Mängel im Recht als für Mängel der Sache analog zur Anwendung kommen[2]).

Somit stehen dem Empfänger — abgesehen von dem Fall seiner Kenntnis (§§ 439, 460 Satz 1) — wegen Rechtsmängeln die gleichen Ansprüche wie dem Käufer nach §§ 440, 320—327 zu und wegen Sachmängeln die aus §§ 462, 463[3]).

2. Jedoch muß eine Einschränkung gemacht werden: Der Empfänger = Erwerber kann zwar bei Sachmängeln in unbeschränktem Umfange wandeln (§§ 465 fg.) oder bei Rechts- und Sachmängeln Schadensersatz verlangen (§§ 440 Abs. 2, 463, 523, 524), nicht aber auch ohne weiteres bei Sachmängeln eine Herabsetzung des Preises (Minderung) beanspruchen. Da nämlich der unbeschränkte Minderungsanspruch nur insoweit Berechtigung hat, als der Preis wirklich das volle Entgelt für die Sache sein soll, so würde es bei der gemischten Schenkung, wo er wegen der Schenkungsabsicht besonders niedrig bemessen ist, unbillig sein, wenn der Schenker = Veräußerer sich noch eine weitere Herabsetzung gefallen lassen müßte[4]). Ein Minderungsrecht wird dem beschenkten Käufer vielmehr nur dann zuzubilligen sein und den Preis insoweit treffen, als der Wert der Leistung infolge des Mangels geringer ist als der hierfür gezahlte niedrigere Kaufpreis[5]).

[1]) Müller S. 229.
[2]) Goldschmidt S. 59; Müller S. 228.
[3]) Enneccerus Bd. I,2 § 374 S. 369 läßt den Geber nur dann haften, wenn der Wert der Sache infolge des Verschuldens hinter dem Wert der Gegenleistung zurückbleibt. Dies erscheint jedoch unbillig. — Milde S. 33 — insbesondere wenn man erwägt, daß der Empfänger ja auch Verpflichtungen auf sich nimmt.
[4]) Goldschmidt S. 59, 60.
[5]) Ebenso Milde S. 33; Enneccerus Bd. I,2 § 347 S. 369; Müller S. 229 dagegen gewährt dem Käufer — Empfänger — beim Fehlen einer gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Eigenschaft keinerlei Minderungsanspruch.

II. Die Anwendbarkeit der Schenkungsvorschriften.

§ 11. Verweigerungsrecht, Rückforderungsrecht, Widerruf.

Bei der Prüfung der Frage, ob nun auch andererseits die Normen über die Schenkung (§§ 516 fg.) auf die gemischte Schenkung Anwendung finden, ist zunächst festzustellen, daß das Gesetz dem Schenker in den §§ 519, 528, 530 besondere Vergünstigungen gewährt, nämlich das beneficium competentiae, das Rückforderungsrecht wegen Verarmung und das Widerrufsrecht wegen groben Undanks des Beschenkten, Bevorzugungen, die darauf beruhen, daß objektiv der Empfänger durch die Freigebigkeit auf Kosten des Schenkers bereichert ist[1]).

1. Das Verweigerungsrecht (§ 519) berechtigt den Schenker, „die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein standesgemäßer Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird". Die hier gewährte Einrede ist eine peremptorische[2]), weshalb der die Erfüllung der Schenkung verlangende Teil auch dann nicht mehr Leistung begehren kann, wenn er einmal mit seiner Klage abgewiesen worden ist und sich die Vermögensverhältnisse des anderen Teils nachträglich gebessert haben.

Das Verweigerungsrecht muß auch dem freigebigen Teil bei der gemischten Schenkung zugesprochen werden[3]); denn wie bei der reinen Schenkung ist ja auch hier der beschenkte Käufer auf Kosten des Verkäufers bereichert. Koeppen (S. 73 fg.) will dies Recht in der Weise verwirklichen, daß er den Schenker das Verweigerungsrecht bezüglich derjenigen Sachquote ausüben läßt, die er für den Gegenstand der Schenkung hält. Da aber der Beschenkte nicht wider seinen Willen an den entgeltlichen Teil des Geschäfts gebunden bleiben könne, so gesteht ihm Koeppen das Recht zum Rücktritt unter Berufung auf § 157 B. G. B. zu.

Im Hinblick auf die hier vertretene einheitliche Natur des Schuldverhältnisses der gemischten Schenkung ist jedoch das Verweigerungsrecht nicht nur auf den unentgeltlichen Teil, sondern auf die ganze Leistung zu beziehen. Der freigebige Teil wird also durch die Einrede aus § 519 instand gesetzt, die Erfüllung seines Versprechens zu verweigern, wobei er auf der anderen Seite jedoch seinen Gegenanspruch auf die Preiszahlung verliert. Goldschmidt (S. 56) führt bei dieser Gelegenheit den die ganze Rechtslage noch mehr verdeutlichenden Fall an, daß der Empfänger vorgeleistet, den Kaufpreis also bereits gezahlt hat, ehe der Geber sein Verweigerungsrecht geltend macht. Dem Hinweis auf die Vorschrift des § 813, die die Verpflichtung, welcher eine peremptorische Einrede entgegensteht, einer Nichtverpflichtung gleich-

[1]) Müller S. 229.
[2]) Endemann § 165 S. 1034; Fischer-Henle § 519 Anm. 7; Oertmann § 519 Anm. 5 S. 515; Enneccerus § 345 I,1 S. 365; Planck § 519 Anm. 1 S. 430; Hellwig S. 317 Anm. 5.
[3]) So auch Goldschmidt S. 55.

stellt, wird zu folgen und seiner Meinung beizustimmen sein, wonach in diesem Falle der Empfänger seine Leistung nach § 812 B. G. B. kondizieren kann[1]).

2. Ebenso ist der dem § 519 ähnliche Fall des § 528, bei dem der Schenker bereits geleistet hat, ehe seine Verarmung eingetreten ist, vom Gesetz behandelt. Der Schenker kann unter denselben Voraussetzungen wie bei § 519 die Herausgabe des Geschenkes nach Maßgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Bei diesem Rückforderungsrecht kommt nur noch hinzu, daß der Beschenkte die Herausgabe durch Zahlung des Unterhaltsbetrages abwenden kann. Da auch bei § 528 der leitende Gesichtspunkt ist, daß der Beschenkte auf Kosten des Gebers bereichert wird, und dieser Umstand auch bei der gemischten Schenkung vorliegt, so wird man unbedenklich auch bei der gemischten Schenkung dem freigebigen Teil das Recht der Rückforderung des ganzen Gegenstands Zug um Zug gegen Rückzahlung des aufgewendeten Kaufpreises gewähren und andererseits dem beschenkten Käufer das Recht der Abwendung der Rückgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrags zubilligen müssen[1]).

Daß auch § 529, der Ausschluß des Rückforderungsrechts wegen selbstverschuldeter Bedürftigkeit, auf die gemischte Schenkung anwendbar ist, dürfte keinem Zweifel unterliegen.

3. Zwar werden durch den Schenkungsvertrag nur einseitig dem Schenker Rechtspflichten auferlegt, die Rechtsordnung hat aber auch eine sittliche Pflicht des Beschenkten zur Dankbarkeit in § 530 anerkannt. Wenn der Beschenkte diese selbstverständliche Dankespflicht gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen desselben verletzt, so wird dem Schenkungsvertrage die Grundlage entzogen; es tritt also eine ähnliche Rechtsfolge ein, wie wenn beim gegenseitigen Vertrage der eine Teil seinen Vertragsverpflichtungen nicht nachkommt[2]). Dieselbe Erwägung, daß der Beschenkte nunmehr ohne rechtlichen Grund besitzt, muß dazu führen, auch bei der gemischten Schenkung, bei der die Schenkungsabsicht ja das eine Vertragselement bildet, dem freigebigen Teile wegen gröblicher Verletzung der Dankespflicht durch den Beschenkten ein den §§ 530 fg. entsprechendes, sich auf den ganzen Gegenstand beziehendes Widerrufsrecht zu geben[3]), und zwar analog § 531 Abs. 2 nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung. Wenn dem Empfänger schon bei der reinen Schenkung durch den Widerruf nur der Vorteil entzogen werden soll, den er ohne die Zuwendung nicht hätte, braucht er erst recht bei der gemischten Schenkung nur die noch in seinem Besitz befindliche Sache und zwar nur Zug um Zug gegen Rückerstattung des gezahlten Preises zurückzugeben. Hat der Empfänger diese Sache bereits weiter veräußert, so hat er nach § 812 Abs. 2 B. G. B. den Erlös zurückzuerstatten

[1]) Milde S. 27.
[2]) Müller S. 231.
[3]) Bedenklich Oertmann § 516 Anm. 8c.

und kann von diesem den an den Geber gezahlten Preis in Abzug bringen[1]). Hat jedoch der Empfänger bei der Weiterveräußerung einen besonders hohen Erlös erzielt, so braucht er ihn nur in Höhe des Wertes herauszugeben, den die Sache zurzeit des Erwerbes vom Geber hatte. Denn was der Empfänger über jenen Wert hinaus erlangt hat, verdankt er nicht dem ungerechtfertigten Empfang der Sache, sondern besonders glücklichen Umständen, seiner Geschicklichkeit oder einem bloßen Zufall[2]).

Dieses Recht auf Rückgabe oder Anrechnung des gezahlten Betrags entspricht auch durchaus dem Grundsatz des § 994 B. G. B., nämlich daß der Besitzer gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers seine auf die Sache gemachten Aufwendungen ersetzt verlangen kann, wobei man den zwecks Erlangung der Sache aufgewendeten Betrag bei der gemischten Schenkung als Verwendung im weiteren Sinne ansehen kann[3]).

Hier zeigt sich auch so recht, wie unhaltbar die Folgerungen der Doppelvertragstheorie sind. Da nach § 818 Abs. 1 B. G. B. die Herausgabe einer Bereicherung grundsätzlich in natura zu geschehen hat, würde beim Widerruf nach dieser Theorie, derzufolge die Sache zum ideellen Teil verschenkt ist, Miteigentum eintreten (vgl. § 6 unter 5). Um diese unbefriedigende Folge zu beseitigen, behauptet Weirauch hier, daß der rein persönliche Anspruch des Gebers hinter dem dinglichen Recht des Empfängers zurückstehen müsse, und letzterer durch Herausgabe des Wertes der geschenkten Quote das Eigentum an der ganzen Sache behalten könne. Auch nach Koeppen (S. 74, 75) hat der Empfänger, der die Sache noch besitzt, nur den Wert der ideelen Quote herauszugeben.

Abgesehen davon, daß Weirauch keine Erklärung dafür gibt, weshalb der Anspruch des Gebers auf Uebertragung des Eigentums schwächer sein solle, als die „Befugnis" des Empfängers, das Eigentum zu behalten, läuft seine Auslegung dem Gesetz geradezu zuwider und ist daher abwegig. Denn § 818 Abs. 2 B. G. B. schreibt ausdrücklich vor, daß der Wert nur dann zu ersetzen ist, wenn die „Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich, oder der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande ist". Diese Voraussetzungen liegen aber im gedachten Falle zweifellos nicht vor, im Gegenteil geht ja gerade die genannte Ansicht davon aus, daß die Uebertragung von ideellen Quoten stets möglich sei[4]), weshalb sich auch die Rückübertragung ermöglichen lassen müßte.

Also auch bei dieser Frage gibt die Theorie der Trennung zu erheblichen Bedenken Anlaß, wohingegen die Auffassung von der Einheit des Schuldverhältnisses die Ausgleichung ohne Schwierigkeiten sich vollziehen läßt.

Lammfromm und Dernburg müssen natürlich zur Herausgabe

[1]) Ebenso Milde S. 26.
[2]) Goldschmidt S. 52 Anm. 9; Stieve S. 60, 81.
[3]) Müller S. 231.
[4]) Müller S. 232; Goldschmidt S. 52, 53; Milde S. 26.

des — wie von ihnen angenommen — erlassenen Teils der Kaufpreissumme kommen. Dernburg will allerdings in Analogie zu § 139 B. G. B. dem Beschenkten ein Wahlrecht geben, den Herausgabeanspruch durch Hingabe des Leistungsgegenstandes gegen Rückzahlung des Kaufpreises abzuwenden[1]. Zu demselben Ergebnis kommt auch Schreiber (S. 225) auf Grund der Erwägung, daß die Rechtswohltat aus § 530 nur bei voll unentgeltlichen Geschäften zulässig sei. Daher ergreife der Widerruf nur den geschenkten Teil und die Einheit des ganzen Vertrages komme durch die Anwendung des § 139 B. G. B. zum Ausdruck.

Ueber den Ausschluß und den Verzicht dieses eben geschilderten Widerrufsrechts finden — Bedenken dürften dabei kaum entstehen — auch die §§ 532, 533 B. G. B. Anwendung.

§ 12. Die Formvorschrift.

1. Derselbe Gedanke wie bei den Bestimmungen der §§ 519, 528, nämlich daß der Schenker in Berücksichtigung seiner Freigebigkeit nach dem Willen des Gesetzes begünstigt werden soll, liegt auch der Formvorschrift des § 518 zugrunde: Der Schenker soll vor übereilten Schenkungsversprechen nach Möglichkeit geschützt[2], der Vollzug der Schenkung erschwert werden, weshalb zur Gültigkeit des Schenkungsversprechens gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfordert wird. Daher ist auch nur das einseitige Versprechen der Form unterworfen, nicht auch die Tatsache, daß die Parteien über die Unentgeltlichkeit einig sind, also die Annahme der Schenkung durch den anderen Teil[3]. Weiterhin braucht — wie mit dem Reichsgericht[4] anzunehmen ist — dieses Versprechen keinen dahingehenden Passus zu enthalten, daß die Leistung schenkweise erfolgen soll, weil dies § 518 Abs. 1 Satz 2 widersprechen würde. Denn ein Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen kann wegen seiner Abstraktheit keinen Hinweis auf eine Schenkung enthalten. Die gegenteilige Ansicht, wie die Goldschmidts (S. 48) und wie sie auch bei Planck (§ 518 Anm. 1) in seiner Definition vom Zweck der Formvorschrift zum Ausdruck kommt, ist abzulehnen[5].

2. Was nun die Anwendung des § 518 auf die gemischte Schenkung anbelangt, so kann sich nur die Anschauung, daß in der gemischten Schenkung ein reiner Kauf zu erblicken sei (§ 5 unter 1), auf den Standpunkt der völligen Formfreiheit stellen. Ein solches Verfahren würde aber den § 518 ziemlich illusorisch machen, weil dann auch bei ganz geringer Entgeltlichkeit in dem Versprechen, eine gemischte Schenkung zu vollziehen, eine sehr einfache Möglichkeit zur Umgehung der Schutzvorschrift für den freigebigen Teil gegeben sein würde[6].

[1]) So auch R. G. E. 29,267.
[2]) Vergl. Motive Bd. II S. 293; Cosack Lehrb. S. 498.
[3]) Enneccerus Bd I,2 § 343 II S. 361.
[4]) Bd. 98 S. 124 und Bd. 22 S. 191.
[5]) Milde S. 23.
[6]) Goldschmidt S. 47; Milde S. 23.

a) Koeppen (S. 71 fg.) und Weirauch (S. 246, 247) unterwerfen nach ihrer Theorie von der Trennung des Kaufs und der Schenkung (nicht folgerichtig) den ganzen Vertrag dem Formenzwange, mit der Begründung, daß die alleinige Beurkundung des auf die Schenkung entfallenden Geldwerts dem Geiste des § 518 als Schutzvorschrift nicht entspreche, bei der es ja nicht auf die Schenkung in einer gewissen Höhe, sondern auf die Abgabe eines Schenkungsversprechens überhaupt ankomme.

b) Wenn man nun — wie hier — in dem negotium mixtum cum donatione eine Verbindung der Schenkung mit einem anderen Umsatzvertrage in einem Schuldverhältnis sieht, so muß man ebenfalls das ganze Leistungsversprechen des Schenkers der Form des § 518 unterwerfen. Dieser Anschauung folgen auch Goldschmidt (S. 47), Staudinger (§ 518 Anm. 3) und das Reichsgericht (Bd. 101 S. 99). Jedoch sei hier betont, daß nur das Leistungsversprechen, nicht aber der ganze Vertrag (mit der Annahme), wie es Müller (S. 230) und Oertmann (§ 518 Anm. 4) wollen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterliegt. Ihre Ansicht läßt sich auch nicht durch die Einheitlichkeit des Vertrags rechtfertigen, denn die beiderseitigen Leistungsversprechen lassen sich sehr wohl von einander trennen und stellen zwei verschiedene Schuldverhältnisse im Sinne von Einzelansprüchen dar (vgl. § 7 unter 1). Es wäre zu weit gegangen, wollte man, da schon bei der einfachen Schenkung der Umstand der Einigung über die Unentgeltlichkeit nicht beurkundet zu werden braucht, bei der gemischten Schenkung unter analogen Verhältnissen schärfere Regeln eingreifen lassen[1]) und die Beurkundung der Schenkungsannahme verlangen[2]).

Wenn sonach die Ergebnisse der Doppelvertragstheorie und der Einheitstheorie in dem hier vertretenen Sinne sich wenigstens insoweit gleichen, als der Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß, so besteht doch — abgesehen von der hier nicht erforderten Beurkundung der Schenkungsannahme — ein durchgreifender Unterschied zwischen beiden. Wenn nämlich die Formvorschrift verabsäumt worden ist und der Geber sich auf die Ungültigkeit des Versprechens der gemischten Schenkung wegen Formmangels beruft, dann ist nach der Koeppenschen Ansicht nur die in dem Mischvertrage enthaltene Schenkung nichtig. Da erst unter Anwendung des § 139 B. G. B. auch die Rückgängigmachung des Kaufs erzielt werden kann, wird die Erwägung der Frage, für die fast stets eine Grundlage fehlen wird, notwendig, nämlich ob der Kauf auch allein, ohne Rücksicht auf die Schenkung, von den Parteien abgeschlossen sein würde. Nach der hier dargelegten Ansicht ist die Prüfung dieser schwierigen Frage nicht nötig, vielmehr kommt man sofort zu dem zweifelsfreien Ergebnis: ist die Beurkundung des Versprechens bei einer in

[1]) Milde S. 24.
[2]) Ebenso Matthes S. 34; Dernburg B. G. B. Bd. II,2 § 210, S. 135.

Aussicht gestellten gemischten Schenkung nicht erfolgt, so ist der ganze Vertrag nichtig [1]).

Hierbei ergibt sich zwar die auf den ersten Blick etwas hart erscheinende Folge, daß ein auch nur zu einem ganz geringen Betrage unentgeltliches Veräußerungsgeschäft immer der Nichtigkeit anheimfällt, wenn die Form des § 518 nicht gewahrt ist [2]). Bei Berücksichtigung des Umstandes aber, daß § 518 eine Schutzvorschrift für den freigebigen Teil ist und eine solche im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs am allerwenigsten Zweideutigkeiten verträgt, erscheint das gefundene Ergebnis durchaus gerechtfertigt.

3. Schließlich sei noch auf die Fälle der gemischten Schenkung hingewiesen, die eine Eigentumsübertragung von Grundstücken zum Gegenstand haben. Dabei wird man nur dann die Vorschrift des § 518 als erfüllt ansehen können, wenn man — wie hier — eine Beurkundung des Umstands der Unentgeltlichkeit nicht für notwendig erachtet. Denn „es ist dann nicht nur einerseits der vereinbarte Grundstückveräußerungsvertrag seinem wahren Inhalte entsprechend beurkundet worden, sondern diese Beurkundung enthält zugleich das in der Zusage der Grundstücksübertragung zu einem zu niedrigen Preise enthaltene Schenkungsversprechen". Die Form des § 518 ist also durch eine Beurkundung gemäß § 313 gewahrt. Da die ratio legis bei § 518 genau dieselbe wie bei § 313 ist, dürfte dies zu Unbilligkeiten nicht führen [3]).

§ 13. Die übrigen Schenkungsvorschriften.

1. § 522 B. G. B. befreit den Schenker entgegen den sonst anzuwendenden Vorschriften der §§ 246 fg. von der Pflicht, Verzugszinsen zu leisten. Diese Vorschrift, die den Sachverhalt im Auge hat, daß der Schenker eine Geldsumme zu schenken versprochen hat, befreit ihn aber nicht auch von der Verpflichtung, Prozeßzinsen (§ 291 B. G. B.) zu entrichten, da diese ja nicht auf Verzug beruhen [4]). Für die gemischte Schenkung ist die Vorschrift des § 522 deshalb unanwendbar, weil hier der freigebige Teil ja als Leistungsgegenstand niemals eine Geldsumme hinzugeben verspricht [5]). Aus dem oben Gesagten ergibt sich aber andererseits von selbst, daß er in den Fällen, in denen er dem Käufer Schadenersatz leisten oder den von letzterem erhaltenen Kaufpreis wieder herausgeben muß, zur Entrichtung von (Prozeß-)Zinsen verpflichtet ist.

2. Die §§ 525—527 B. G. B. über die Schenkung unter einer Auflage berühren das hier behandelte Problem — wie bereits oben (S. 10) ausgeführt — überhaupt nicht, da ja die gemischte Schenkung etwas anderes als die donatio sub modo ist.

---

[1]) Müller S. 230; Goldschmidt S. 50.
[2]) Hoeniger S. 297 möchte daher die Formvorschrift erst bei einem gewissen Grade der Unentgeltlichkeit beginnen lassen und spricht den Wunsch aus, daß sich in dieser Beziehung eine feste Gerichtspraxis bilden möge.
[3]) Vergl den Fall R. G. E. Bd. 101 S. 99; Milde S. 25.
[4]) Enneccerus Bd. I,2 § 344 IV 2, S. 363.
[5]) Vergl. § 3 unter 4 (S. 9) und § 6 unter 1 (S. 18).

III. § 14. Die Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses.

1. Um eine etwaige Benachteiligung von Gläubigern zu unterbinden und ihre frühere Zugriffsmöglichkeit wieder herzustellen, hat die Gesetzgebung durch die Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses nach Maßgabe der Konkursordnung vom 10. 2. 1877, in der Fassung vom 17. 5. 1898, und des Anfechtungsgesetzes vom 21. 7. 1879, in der Fassung vom 20. 5. 1898, ein Hilfsmittel in der Möglichkeit geschaffen, gewisse Rechtshandlungen des Schuldners dem anfechtenden Gläubiger gegenüber ihrer Wirkung zu berauben. Nicht anfechtbar sind aber nichtige Rechtshandlungen [1]), z. B. also angefochtene, noch nicht erfüllte oder wegen Formmangels gemäß § 518 B. G. B. nichtige Schenkungen [2]).

Ganz ähnlich wie beim Widerruf [3]) ist auch das Verhältnis bei der Frage der Gläubigeranfechtung. Letztere steht zwar begrifflich im Gegensatz zum Widerrufe, weist aber in ihren Folgen doch manche Berührungspunkte mit ihm auf. Während der Widerruf nur von dem Geber ausgeübt werden kann und die Wirkungen des Vertrages unter den Parteien aufheben soll, steht das Anfechtungsrecht auf Grund der K. O. und des Anf. Ges. lediglich den Gläubigern zu, und auch nur ihnen gegenüber sollen die Wirkungen des Geschäfts beseitigt werden, die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien aber unberührt bleiben. Entgegen Hellwig [4]), der die Ansicht vertritt, daß die Anfechtung für die K. O. und das Anf. Ges. in demselben Sinne wie die Anfechtung des B. G. B. zu verstehen sei und demnach dinglich und nicht nur zwischen Konkurs- bezw. Anfechtungsgläubiger einerseits und Anfechtungsgegner andererseits, sondern auch zwischen den Vertragsparteien selbst wirke, sei hier an der bis zum Inkrafttreten des B. G. B. unstreitigen obligatorischen Natur der Gläubigeranfechtung festgehalten [5]).

Beide Arten der Anfechtung in der K. O. und dem Anf. Ges. sind zwar — wie ein Vergleich des § 29 K. O. mit § 2 Anf. Ges. lehrt — in ihren Voraussetzungen verschieden, der Kreis der anfechtbaren Rechtshandlungen ist aber der gleiche, weshalb einer gleichzeitigen Behandlung beider nichts entgegensteht [6]).

2. Der Anfechtung unterliegen nach Ziffer 1 des § 31 K. O. und des § 3 Anf. Ges. „Rechtshandlungen, welche der (Gemein-) Schuldner in der dem andern Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat".

---

[1]) Motive zur K. O. I 133, 152; Cosack Anf. § 14 S. 51 fg; Sydow-Busch K. O. § 29 Anm. 1 S. 123.
[2]) Milde S. 28, 29.
[3]) § 530 B. G. B. vergl. oben § 11 zu 3, S. 44.
[4]) Verträge auf Leistung an Dritte S. 379 fg.
[5]) Letztere Ansicht vertreten gegen Hellwig, Jaeger K. O. S. 232 fg.; Sydow-Busch K. O. § 29 Anm. 3,4; Anf. Ges. § 7 Anm. 4; Milde S. 29.
[6]) Die durch § 30 K. O. anfechtbaren Rechtshandlungen können hier deshalb außer Betracht bleiben, weil es bei dieser Anfechtung lediglich auf den kritischen Zeitpunkt des materiellen Konkurses ankommt, und die Behandlung keine weiteren Schwierigkeiten bietet, wenn — wie hier — die gemischte Schenkung als einheitliches Rechtsgeschäft betrachtet wird; die Wirkungen der Anfechtung aus § 30 K. O. sind ja nach § 37 K. O. auch dieselben wie bei einer Anfechtung gemäß § 31 K. O. Ebenso Goldschmidt S. 26.

a) „Rechtshandlung" in diesem Sinne bedeutet „ein positives, das Vermögen um einen bereits erworbenen Bestandteil verminderndes oder mit neuen Verbindlichkeiten belastendes Tun, gleichviel ob es vertragsmäßig oder einseitig erfolgt, und ob es sich um rechtsgeschäftliche Verfügungen oder um obligatorische Verträge handelt[1]. In diesem Sinne ist sowohl die reine wie auch die gemischte Schenkung eine Rechtshandlung, die unter den Voraussetzungen der betreffenden Gesetzesbestimmungen angefochten werden kann[2]).

Nach der Meinung, die in der gemischten Schenkung einen reinen Kauf, ein entgeltliches Geschäft, erblickt, könnte allein § 31 K. O., bezw. Nr. 1,2 des § 3 Anf. Ges. in Betracht kommen; ist der Empfänger weder der Ehegatte noch ein naher Verwandter des Schuldners, so bleibt nur die Anfechtung aus Nr. 1 der genannten Paragraphen. In der gänzlichen Außerachtlassung des Schenkungselements aber würde insofern unverkennbar eine unbillige Härte für die Gläubiger liegen, als sie dann immer die Beweislast für die Bereicherungsabsicht und deren Kenntnis hätten[3]).

Die herrschende Ansicht von der Trennung der gemischten Schenkung in Kauf und Schenkung läßt die Anfechtung aus §§ 30—32 K. O. und allen 4 Ziffern des § 3 Anf. Ges. zu, je nachdem nur ein Teil des Geschäfts oder beide Teile angefochten werden[4]).

b) Da sowohl die K. O. (§§ 31, 32) wie auch das Anf. Ges. (§ 3) streng zwischen „entgeltlichen Verträgen" und „unentgeltlichen Verfügungen" unterscheidet, so ist bei der hier vertretenen Auffassung von der Einheitlichkeit des Vertrags, bei der nicht wie bei der Trennungstheorie entweder der eine oder der andere Teil angefochten werden kann, zu prüfen, ob das Geschäft ganz unter die erste oder ganz unter die zweite Gruppe zu zählen ist. Da im Begriffe des Entgelts also das entscheidende Moment liegt, sei nochmals wiederholt (vergl. § 2 unter 2), daß Entgelt nur diejenige Leistung ist, die als vollwertiger Ersatz eine andere Leistung auszugleichen bestimmt ist. Ein entgeltlicher Vertrag ist also ein Vertrag, bei dem nach der Ansicht der Parteien der Leistung des Schuldners eine gleichwertige Leistung des Gegners gegenübersteht. Wenn aber für die Anfechtung gerade die „unentgeltliche Verfügung" den Gegensatz zum „entgeltlichen Vertrag" bildet, so muß erstere nicht nur dann angenommen werden, wenn eine Gegenleistung überhaupt nicht gewährt wird — wie bei der reinen Schenkung —, sondern auch dann, wenn die Gegenleistung — wie bei der gemischten Schenkung — nicht voller Ersatz für die Leistung sein soll[5]).

Hiernach ergibt sich, daß die Anfechtung der gemischten Schenkung als eines entgeltlichen Vertrags ausgeschlossen ist und

[1]) Sydow-Busch K. O. § 29 Anm. 1 S. 119.
[2]) Müller S. 234; Goldschmidt S. 63; Milde S. 30.
[3]) Aehnlich Müller S. 234.
[4]) Näheres unter 4b, S. 52.
[5]) So auch Jaeger K. O. S. 294; Cosack Anf. R. S. 133 fg.

daß sie als unentgeltliche Verfügung - denn dieser Begriff umfaßt auch den des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts[1]) aus § 32 K. O. (Schenkungspauliana), bezw. Nr. 3 und 4 des § 3 Anf. Ges., nicht aber aus § 31 K. O. und Nr. 2 des § 3 Anf. Ges. anfechtbar ist[2]).

Dieses Ergebnis ist praktisch auch durchaus brauchbar. Der Ausschluß der Ziffer 2 des § 31 K. O. und des § 3 Anf. Ges. (entgeltliche Rechtsgeschäfte mit Verwandten) ist deshalb unbedenklich, weil immer noch Nr. 2 des § 32 K. O., bezw. Nr. 4 des § 3 Anf. Ges. zur Anwendung kommen können, die noch dazu eine längere Frist als die hier ausgeschlossenen Bestimmungen gewähren. Hat der Schuldner das anfechtbare Geschäft mit einem nahen Verwandten geschlossen, so stehen Nr. 1 des § 32 K. O., bezw. Nr. 3 des § 3 Anf. Ges. genau so wie gegen jeden Dritten zu Gebote[3]).

3a) § 7 Anf. Ges. bestimmt die Wirkungen der Anfechtung dahin, daß der Gläubiger Rückgewähr beanspruchen kann, und der Absatz 2 dahin, daß der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung diese „nur soweit zurückzugewähren hat, als er durch sie bereichert ist". Diese Bestimmung kommt hier, wo die gemischte Schenkung als unentgeltliche Verfügung angesehen wird, in erster Linie in Betracht: der gutgläubige Empfänger braucht also nur die Bereicherung zurückzugeben.

Da oben (S. 49 unter 1) die dingliche Wirkung der Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses verneint worden ist, erfolgt auch die Rückgewähr nach dem Anf. Ges nicht in der Weise, daß die Sache in das Eigentum des Schuldners zurückübertragen wird und dann erst dem Zugriff des Gläubigers freisteht; nach der obligatorischen Natur der Anfechtung soll vielmehr der Gegenstand dem Gläubiger nur zum Pfändungspfandrecht herausgegeben werden, so daß er ihn also dem Anfechtungsgläubiger zur Zwangsvollstreckung bereitzustellen und diese zu dulden hat. Da nun das Pfandrecht des Gläubigers lediglich die Bereicherung ergreift, und schon der Empfänger einer reinen Schenkung das Recht hat, die auf die Sache gemachten Verwendungen — als die Bereicherung vermindernd — in Abzug zu bringen[4]), so muß dieser Anspruch dem Empfänger einer gemischten Schenkung erst recht zustehen. Er hat zwar die Sache herauszugeben, hat aber gleichzeitig einen Anspruch, aus dem Erlöse den für sie gezahlten Preis vorweg zu erhalten, weil er insoweit durch das gemischte Geschäft nicht bereichert worden ist[5]). Zudem gestattet § 8 Anf. Ges. dem Empfänger, sich wegen Erstattung einer Gegenleistung oder im Falle einer anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung an den Schuldner zu halten.

[1]) Jaeger Anf. R. S. 175; Goldschmidt S. 64, 65.
[2]) Müller S. 235; Goldschmidt S. 64; Milde S. 30.
[3]) Müller S. 235.
[4]) Jaeger Anf. R. S. 331; Cosack Anf. R. S. 300.
[5]) Vergl. die oben § 11 unter 3 (S. 44) angestellten, analogen Erwägungen beim Widerruf.

b) Entsprechendes gilt auch für die Anfechtung innerhalb des Konkurses. Ficht der Konkursverwalter (§ 36 i. V. m. § 32 K. O.) die gemischte Schenkung an, so ist der Anfechtungsgegner, wenn er beim Empfang gutgläubig war, nur nach Maßgabe seiner Bereicherung, also nur Zug um Zug gegen seine eigene Leistung zur Herausgabe verpflichtet (§ 37 Abs. 2 K. O.), denn nur insofern war er bereichert (§ 818 Abs. 3 B. G. B.). War er bösgläubig, so muß er die ganze Sache an die Konkursmasse herausgeben und kann seine Gegenleistung nur als Massegläubiger geltend machen, soweit die Masse bereichert ist; ist sie das nicht, so ist der Empfänger Konkursgläubiger (§ 37 Abs. 1, § 38 K. O.).

4 a) Die Ansicht von der obligatorischen Natur der Anfechtung führt auch allein in den Fällen, in denen der Empfänger die Sache bereits vor der Anfechtung veräußert hat, zu brauchbaren und billigen Ergebnissen. Denn in solchen Fällen kann die Bereicherung nur in der Differenz zwischen dem erzielten Erlöse und dem gezahlten Preise bestehen; wenn man dagegen die Entscheidung dahin treffen wollte, daß der Gläubiger aus dem vollen Werte der Sache Befriedigung suchen könnte, der Empfänger aber wegen Rückerstattung des Preises sich nur an den Schuldner zu halten hätte, so wäre dies einmal eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Gläubigers und zu anderem würde der durch die §§ 37, 38 K. O. und § 7 Anf. Ges. ausdrücklich aufgestellte Unterschied zwischen gutgläubigem und bösgläubigem Empfänger vollständig beseitigt [1]), da er dann in jedem Falle nur einen Anspruch an die Konkursmasse, bezw. den Schuldner hätte.

b) Auch Koeppen und Weirauch halten eine Auseinandersetzung zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner unter den Voraussetzungen des § 32 Nr. 1, 2 K. O. bezw. des § 3 Nr. 3, 4 Anf. Ges. für erforderlich, falls nur die den einen ideellen Teil ergreifende Schenkung angefochten wird und der Beschenkte gutgläubig ist. Folgerichtig wäre also beim Freundschaftskauf nur die unentgeltlich überlassene Sachquote an die Konkursmasse zurückzuübereignen und nur in diese Quote hätte der Empfänger die Zwangsvollstreckung zu dulden [2]). Beide [3]) lehnen aber auch hier wie beim Widerruf (vergl. oben S. 45) dieses Ergebnis, sowie die bei unteilbaren Sachleistungen notwendige Einräumung des Miteigentums ab und meinen, daß der Empfänger seiner Rückgewährungspflicht durch Herausgabe eines der zurückzuerstattenden Sachquote an Wert gleichkommenden Geldbetrages genüge. Bei diesem Ergebnis tauchen also einmal die gleichen Bedenken wie beim Widerruf auf (vergl. oben S. 45), indem diese Regelung dem im Anfechtungsrecht anerkannten Grundsatze widerspricht [4]), daß die Rückgewährungspflicht, solange der individualisierte Gegenstand sich noch im Vermögen des Empfängers befindet, primär auf Leistung dieses Gegenstandes gerichtet ist und ein sogenanntes

[1]) Müller S. 236, 237.
[2]) Matthes S. 68, 69.
[3]) Koeppen S. 66, 67; Weirauch S. 254 fg.
[4]) Sydow-Busch K. O. § 37 Anm. 5.

Einlösungsrecht dem Empfänger nicht zusteht[1]), zum anderen muß noch besonders betont werden, daß der § 139 B. G. B., auf den sich diese Theorie immer beruft, gerade bei der Anfechtung versagt. Denn tritt im Zweifel gemäß dieser Vorschrift die Rückgängigmachung des ganzen Geschäfts ein (die auch Jaeger Anf. R. S. 297 befürwortet), so besteht diese in einer Auflösung der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien selbst. Der Empfänger müßte also die Sache an den Schenker zurückgeben, bei dem sie dem Zugriff des Gläubigers freistände, während er, der Beschenkte, den an den Schuldner bei Abschluß des Geschäfts gezahlten Betrag nur von letzterem zurückfordern könnte. Das ist aber gerade das Ergebnis, das — wie oben unter 3a gezeigt — nur dem Abs. 1 des § 7 Anf. Ges. (dem bösgläubigen), nicht dagegen dem Abs. 2 (dem gutgläubigen Empfang) entspricht. Dasselbe gilt von § 37 K. O.

Ferner müßten aber bei der Anfechtung des ganzen Geschäfts die Vertreter der Doppelvertragstheorie, soweit sie den Schenkungsgegenstand in dem Preiserlaß erblicken, gleichfalls auch zu einer doppelten Wirkung der Anfechtung gelangen. Der Gläubiger könnte sich einmal aus dem Kaufgegenstand, also aus der Sache selbst, befriedigen, da ja der Kauf angefochten ist, zweitens könnte er sich aber auch an dem Schenkungsgegenstand, also an der Restkaufgeldforderung, schadlos halten, weil er ja auch die Schenkung, den Erlaßvertrag, angefochten hat[2]). Hieraus ergibt sich ebenfalls die Haltlosigkeit der Doppelvertragstheorie.

IV. § 15. Schluß.

Nachdem im Vorstehenden[3]) festgestellt ist, daß die gemischte Schenkung eine unentgeltliche Verfügung darstellt, lassen sich in allen sonst in Gesetzen noch vorkommenden, ähnlichen Fällen unschwer Folgerungen für die Behandlung ziehen.

1. Wenn in den §§ 1639 und 1803 B. G. B. bestimmt ist, daß das, was ein Dritter unter Lebenden dem ehelichen Kinde oder dem Mündel zuwendet, nach den bei der Zuwendung getroffenen Anweisungen verwaltet werden muß, oder die Zuwendung nach §§ 1651, 1650 der Nutznießung des Vaters überhaupt entzogen sein soll (freies Kindesvermögen), so gilt diese gesetzliche Regelung auch für die Vermögensmassen, die das Kind, bezw. das Mündel, durch eine unter gleichen Bedingungen geschlossene gemischte Schenkung erlangt.

Gleiches gilt für das im Wege der §§ 1369, 1440, 1526 erlangte Vorbehaltsgut der Ehefrau.

Die Beschränkung, bezw. die Entziehung der Verwaltung und Nutznießung bezieht sich nun nicht etwa auf den unentgeltlich durch die gemischte Schenkung erlangten Teil, sondern auf den ganzen Gegenstand und zwar deshalb, weil sich bei einer einheitlichen Sache ja schwerlich eine Teilung durchführen ließe, auch

[1]) Goldschmidt S. 70.
[2]) Müller S. 238; Goldschmidt S. 70.
[3]) Oben § 14 zu 2b, S. 50/51.

deshalb, weil die genannten gesetzlichen Bestimmungen ja lediglich im Interesse der Beschenkten getroffen sind[1]), und schließlich deshalb, weil der Verwaltungsberechtigte ja keinerlei Schaden erleidet. Erfüllt die Ehefrau oder das eheliche Kind die Gegenleistung für die gemischte Schenkung aus dem Vorbehaltsgut, bezw. dem freien Vermögen, so erwirbt der Ehemann, bezw. der Vater an dem durch die gemischte Schenkung Erlangten als Surrogat nach § 1370, bezw. 1651 Abs. 2 B. G. B. sowieso keine weiteren Rechte. Will die Ehefrau oder das Kind aber die Gegenleistung aus dem der Verwaltung des Mannes, bezw. Vaters unterliegenden Vermögen bewirken, so hat dieser nach § 1395, bezw. § 108 B. G. B. seine Genehmigung zu erteilen, kann also selbst entscheiden, ob er sich seiner Verwaltungs- und Nutzungsrechte begeben will.

2. Die §§ 1641, 1804, 2113 und 2205 B. G. B. enthalten Verfügungsbeschränkungen des Vaters, des Vormunds, des Vorerben und des Testamentsvollstreckers dahingehend, daß die Personen in Vertretung des Kindes, des Mündels, bezw. zu Ungunsten des Nacherben oder des Nachlasses außer remuneratorischen keine Schenkungen oder unentgeltliche Verfügungen vornehmen dürfen. Da gemischte Schenkungen — wie oben § 14 unter 2b ausgeführt — aber unentgeltliche Verfügungen sind, muß die Berechtigung der Gewalthaber zum Abschluß solcher Geschäfte, bei denen die von ihnen Vertretenen als freigebiger Teil auftreten, ebenfalls verneint werden.

3. Zum Schluß sei noch § 2303 B. G. B. erwähnt, der anerkennt, daß Abkömmlinge, Eltern und Ehegatten infolge des ihnen zustehenden Pflichtteils ein gesetzlich geschütztes Anrecht auf den Nachlaß des Erblassers haben[2]). Damit nun dieser Anspruch nicht bereits vor dem Tode des Erblassers beeinträchtigt wird, schreibt § 2325 Abs. 1 B. G. B. vor, daß wenn dieser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung seines Pflichtteils den Betrag verlangen kann, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlaß hinzugerechnet wird. — Diese zum Schutz der Pflichtteilsberechtigten getroffene Bestimmung könnte dadurch gegenstandslos gemacht werden, daß der Erblasser sich für die einverständlich schenkweise Zuwendung von dem Dritten eine wenn auch noch so geringe Gegenleistung geben ließe und dann das Wesen dieses Geschäfts als Schenkung von dem Erben, dem beschenkten Dritten, bestritten würde. Daher muß auch in einem solchen Falle dem Pflichtteilsberechtigten ein Ergänzungsrecht zugebilligt werden[3]), und zwar in der Weise, daß gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 der Wert der Leistung des Erblassers ermittelt und davon die Leistung des Empfängers in Abzug gebracht wird, weil ja nur bezüglich dieser Differenz eine Beeinträchtigung des

[1]) Staudinger Bd. IV,1 Anm. 1 zu § 1369.
[2]) Endemann Bd. III S. 605.
[3]) Ebenso Goldschmidt S. 60, 61.

Pflichtteilberechtigten durch die vom Erblasser vorgenommene gemischte Schenkung eingetreten ist.

In dem weitern Falle, daß sich der Ergänzungsanspruch gegen einen selbst pflichtteilsberechtigten Erben richtet, kommt sinngemäß § 2329 gegen den Beschenkten zur Anwendung: er hat dieselben Verpflichtungen und Rechte, die der Beschenkte bei Rückforderung und Widerruf hat [1]). Er kann jedoch die Herausgabe durch Zahlung des zur Ergänzung fehlenden Betrags abwenden [2]).

Aus diesen weiteren Beispielen, die aus anderen Gesetzen noch vermehrt werden können, ergibt sich mit Deutlichkeit, daß nach dem hier vertretenen Grundsatz, den Parteiwillen und das von den Kontrahenten wirtschaftlich Gewollte in erster Linie zu berücksichtigen, alle Zweifelsfragen in theoretisch haltbarer und praktisch reibungslos durchführbarer Weise, dem Rechtsgefühl nicht widersprechend, gelöst werden können.

[1]) Vgl. oben § 11, S. 44 fg.
[2]) Milde S. 28; Goldschmidt S. 61, 62.

Lebenslauf.

Ich, Walther Scheiblich, Sohn des Kaufmanns Hugo Scheiblich und seiner Ehefrau Hilde, geb. Hoffmann, bin am 1. Juli 1899 zu Moys, Kreis Görlitz, geboren, evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1905 bis Ostern 1908 besuchte ich die I. Gemeindeschule in Görlitz und sodann das Städtische Reform-Realgymnasium ebenda. Nach bestandener Reifeprüfung im März 1919 studierte ich vom Sommer-Semester desselben Jahres bis Ende des Sommer-Semesters 1920 an der Philipps-Universität in Marburg (Lahn) Rechts- und Staatswissenschaft und setzte dieses Studium sodann an der Friedrich-Wilhelm-Universität in Breslau bis zum Winter-Semester 1922/23 fort. Am 24. November 1923 bestand ich die erste juristische Prüfung am dortigen Oberlandesgericht und wurde am 7. Dezember 1923 zum Referendar ernannt. Während meiner Ausbildungszeit bei der Staatsanwaltschaft, dem Land- und Amtsgericht in Görlitz arbeitete ich an der vorliegenden Abhandlung, die ich im Juli 1925 der Fakultät einreichte. Am 1. August 1925 legte ich die mündliche Doktorprüfung ab.